

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

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 3

2003



*fundación*



*fundación*



Marcial  
Pons

El **Anuario de la Competencia 2003** forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2002).

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 2003, 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 2003, 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

2003

ANUARIO DE LA COMPETENCIA  
2003

ANUARIO  
DE LA COMPETENCIA

2003

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN

2. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

3. EL MARCO LEGISLATIVO

4. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

5. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

6. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

7. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

8. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

9. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

10. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

11. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

12. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

13. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

14. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

15. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

16. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

17. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

18. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

19. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

20. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

21. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

22. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

23. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

24. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

25. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

26. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

27. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

28. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

29. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

30. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

31. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

32. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

33. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

34. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

35. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

36. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

37. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

38. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

39. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

40. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

41. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

42. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

43. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

44. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

45. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

46. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

47. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

48. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

49. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

50. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

51. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

52. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

53. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

54. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

55. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

56. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

57. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

58. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

59. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

60. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

61. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

62. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

63. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

64. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

65. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

66. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

67. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

68. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

69. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

70. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

71. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

72. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

73. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

74. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

75. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

76. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

77. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

78. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

79. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

80. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

81. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

82. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

83. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

84. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

85. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

86. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

87. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

88. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

89. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

90. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

91. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

92. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

93. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

94. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

95. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

96. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

97. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

98. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

99. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

100. EL SISTEMA DE LA COMPETENCIA

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2003

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 2003

**Xabier ARZOZ SANTISTEBAN**

*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad del País Vasco*

**Germà BEL**

*Grupo de Investigación en Políticas Públicas  
y Regulación Económica  
Universitat de Barcelona*

**Luis BERENGUER**

*Ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa  
de la Competencia*

**Nadia CALVIÑO**

*Directora General  
Defensa de la Competencia.  
Ministerio de Economía*

**Fernando Díez ESTELLA**

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil  
Coordinador de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija  
de Derecho y Economía de la Competencia*

**Margarita FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR**

*Licenciada en Derecho  
Coordinadora Adjunta de la Cátedra Fundación  
ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia*

**Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ**

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

**Jaime FOLGUERA CRESPO**

*Abogado  
Uría & Menéndez*

**Antonio GUERRA FERNÁNDEZ**

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

**Alfonso GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ**

*Abogado  
Uría & Menéndez*

**Inmaculada GUTIÉRREZ**

*Economista  
LECG Europe*

**Raquel INSA CIRIZA**

*Profesora del Departamento de Política Económica  
Grupo de investigación en Políticas Públicas  
y Regulación Económica  
Universitat de Barcelona*

**José María JIMÉNEZ LAIGLESIA**

*Abogado  
Jones Day*

**Juan JIMÉNEZ LAIGLESIA**

*Abogado  
Jones Day*

**Fernando JIMÉNEZ LATORRE**

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

**Francisco MARCOS**

*Profesor del Área Jurídica y Director del Observatorio  
de Política de la Competencia  
Instituto de Empresa*

**Antonio MIRALLES**

*Grupo de investigación en Políticas Públicas  
y Regulación Económica  
Universitat de Barcelona*

**Julio PASCUAL Y VICENTE**

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

**Amadeo PETITBÒ JUAN**

*Catedrático de Economía Aplicada  
Universidad Complutense de Madrid*

**Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ**

*Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia*

**Elena ZOIDO**

*Economista  
LECG Europe*

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2003

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 2004 BARCELONA

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2003

Madrid

Unión Europea

Procedimiento de Derecho Comunitario

Tratados Comunitarios de Comercio

Comercio Internacional y Comercio Exterior

El Anuario de la Competencia de la Unión Europea 2003

## ANUARIO

# DE LA COMPETENCIA

## 2003

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

© Fundación ICO

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

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-9768-168-1

Depósito legal: M. 42.484-2004

Diseño de la cubierta: DE GARCÍA DISEÑO

Fotocomposición: INFOTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2004



## SUMARIO

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN (Presidente ico).....	11
La competencia en España. 2003 (Lluís CASES) .....	13
<b>PRIMERA PARTE. ESTUDIOS</b>	
Pasado, presente y futuro del modelo español de defensa de la competencia (Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ) .....	29
El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones (Nadia CALVIÑO).....	57
La Comisión completa el “paquete de modernización” (Luis BERENGUER)..	89
La nueva política comunitaria europea de control de conductas y su reper- cusión en España (Julio PASCUAL Y VICENTE).....	117
Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de competencia (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ) .....	157
Barreras de entrada y competencia (Amadeo PETITBÒ JUAN).....	185
La competencia en el sector de los servicios públicos locales en España (Germà BEL y Antonio MIRALLES) .....	207
El abuso de posición dominante en mercados conexos: evolución reciente de la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia (Jaime FOL- GUERA CRESPO y Alfonso GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ) .....	223
Controversias sobre el control (Juan JIMÉNEZ LAIGLESIA y José María JIMÉ- NEZ LAIGLESIA) .....	241
Cárteles: análisis y valoración de sus efectos (Inmaculada GUTIÉRREZ y Elena ZOIDO) .....	267
<b>SEGUNDA PARTE. COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SEN- TENCIAS</b>	
El poder de compra y las posibles conductas anticompetitivas en la cadena de distribución comercial (Fernando DIEZ ESTELLA y Margarita FERNÁN- DEZ ÁLVAREZ-LABRADOR).....	293

El impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia: análisis de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC (Xabier ARZOZ SANTISTEBAN) .....	321
¿Luz verde en el caso Safeway? (Raquel INSA CIRIZA).....	343
¿Monopolio de las palomitas en los cines? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21. <sup>a</sup> ) de 8 de enero de 2003 (Francisco MARCOS) .....	351

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

Servicio de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía y Consejo de Ministros .....	375
Tribunal de Defensa de la Competencia.....	381
Audiencia Nacional .....	403
Tribunal Supremo .....	411
Comisión Europea .....	415
Tribunal de Primera Instancia.....	421
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas .....	433

### **CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS**

Legislación española.....	445
Legislación comunitaria .....	471

### **QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN**

Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia.....	483
Ley modelo sobre competencia.....	495
Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria di concorrenza (Mario MONTI).....	505
La politique de la Commission en matiere d'amendes antitrust: recents développements, perspectives d'avenir (Gianfranco ROCCA).....	515

### **SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA**

España.....	529
Unión Europea.....	534
Otros sistemas .....	564

Pág.

**SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET**

Unión Europea..... 571

Europa no comunitaria ..... 572

América..... 573

Asia y Australia..... 574

África..... 574

Organizaciones internacionales..... 574

Otras direcciones de interés ..... 575

*El presente sumario se elabora en el marco de la actividad desarrollada por el Comité de redacción de la Ley de la Administración Electrónica, en el seno del Departamento de la Función Pública.*

*En esta parte, la Fundación para la Libertad de expresión de opinión y el Comité de redacción que la edita, por el contenido de los documentos antes mencionados y, en particular, para comprender mejor cómo están organizados los contenidos de Internet, se ha dividido el contenido de los documentos en los siguientes apartados: Unión Europea, Europa no comunitaria, América, Asia y Australia, África, Organizaciones internacionales y Otras direcciones de interés. En cada uno de ellos se han incluido los enlaces de Internet que se han considerado de mayor relevancia. En cada uno de ellos se han incluido también los enlaces de Internet que se han considerado de mayor relevancia. En cada uno de ellos se han incluido también los enlaces de Internet que se han considerado de mayor relevancia.*

*Las direcciones de Internet se han dividido en las siguientes categorías: direcciones de Internet de carácter general, direcciones de Internet de carácter específico, direcciones de Internet de carácter institucional, direcciones de Internet de carácter personal y direcciones de Internet de carácter profesional. Las direcciones de Internet de carácter general se refieren a los contenidos de Internet que se han considerado de mayor relevancia. Las direcciones de Internet de carácter específico se refieren a los contenidos de Internet que se han considerado de mayor relevancia. Las direcciones de Internet de carácter institucional se refieren a los contenidos de Internet que se han considerado de mayor relevancia. Las direcciones de Internet de carácter personal se refieren a los contenidos de Internet que se han considerado de mayor relevancia. Las direcciones de Internet de carácter profesional se refieren a los contenidos de Internet que se han considerado de mayor relevancia.*

*En la sección de direcciones de Internet de carácter profesional se han incluido los enlaces de Internet que se han considerado de mayor relevancia. En la sección de direcciones de Internet de carácter personal se han incluido los enlaces de Internet que se han considerado de mayor relevancia. En la sección de direcciones de Internet de carácter institucional se han incluido los enlaces de Internet que se han considerado de mayor relevancia. En la sección de direcciones de Internet de carácter específico se han incluido los enlaces de Internet que se han considerado de mayor relevancia. En la sección de direcciones de Internet de carácter general se han incluido los enlaces de Internet que se han considerado de mayor relevancia.*



## PRESENTACIÓN

*El Anuario de la Competencia 2003 forma parte de una colección iniciada hace ahora ocho años donde se articulan las aportaciones de reconocidos profesionales del Derecho y la economía seleccionados por Lluís CASES como director de la publicación.*

*Un año más, la Fundación ICO tiene la oportunidad de editar el citado Anuario, que a medida que se consolida va adquiriendo mayor relevancia y utilidad, para comprobar, entre otras cosas, cómo se está llevando a cabo el proceso de liberalización de los mercados al que se enfrenta la economía española. Su publicación continuada nos permite apreciar la evolución del debate sobre la libre competencia y el grado de aplicación del Derecho en cada ejercicio, en un campo tan vital para el funcionamiento eficiente de nuestra economía. Con este documento, la Fundación colabora de forma activa en la interesante tarea de apoyo a la reflexión, análisis e investigación sobre variados aspectos de la economía, en este caso, la defensa de la competencia como instrumento básico del Gobierno en su política económica y como elemento necesario para la consecución de un crecimiento estable de la actividad económica.*

*Los cambios en la organización de la economía internacional, el proceso de globalización, los cambios tecnológicos, la informatización de los procesos productivos, los grandes movimientos de alianzas y fusiones entre empresas, por citar algunos de los más relevantes, exigen un continuo cambio de la normativa de la competencia para evitar los efectos de posición dominante en los mercados. La defensa de la competencia es una materia prioritaria para la modernización y buen funcionamiento de la economía europea y para el control de los precios a largo plazo. El inevitable aumento del tamaño empresarial que ha tenido lugar en los últimos años y que continuará, incluso se acelerará, en los próximos, puede disminuir la presión competitiva, si no existen disposiciones que lo regulen, y conducir hacia una excesiva concentración de la actividad económica.*

*En la sociedad española se debe profundizar más en el debate sobre las intervenciones públicas, en los comportamientos empresariales y sobre los mecanismos que garanticen la libertad de elegir, la defensa del interés público y la mayor eficacia de los procesos de mercado. La política que se lleve a cabo en Defensa de la Competencia será esencial para asegurar el cumplimiento de las reglas del juego por parte de todos los agentes que intervienen en el mercado y garantizar la transparencia del mismo. Muy pocas*

*empresas españolas tienen en la actualidad el tamaño apropiado para operar en los mercados integrados de la UE, por lo que sólo cabe esperar un sostenido y acusado proceso de concentración. Por este motivo son especialmente importantes las actuaciones destinadas al control de prácticas de restricción de la competencia por parte de las empresas, la supervisión de procesos de concentración de sectores y empresas, y las reformas estructurales que garanticen la transparencia de los mercados.*

*El Anuario recopila de manera sistemática y ordenada todos los datos relativos a la aplicación del Derecho de la Competencia y recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes para el desarrollo del tema que nos ocupa.*

*El citado Anuario informa de la actividad de los órganos judiciales y administrativos que operan en esta materia, tanto en España como en la UE; recopila los casos significativos dictados en este año; registra las novedades normativas que han tenido lugar y los documentos relevantes en la materia, así como las crónicas acerca de la evolución de esta problemática en distintos países; menciona las nuevas publicaciones sobre el tema y las direcciones de internet significativas por su utilidad en todo el mundo.*

*Sólo por mencionar algunas de las múltiples aportaciones del Anuario de este año podemos citar: la nueva política comunitaria europea de control de conductas y su repercusión en España; la explicación de las novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones, esto es, el Reglamento 139/2004; el detalle de la evolución reciente de la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) sobre el abuso de posición dominante en mercados conexos; un análisis de cómo la Comisión completa el “paquete de modernización”; el estudio de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC, en cuanto al impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia; un estudio sobre la competencia en el sector de los servicios públicos locales en España; un análisis de las posibles conductas anticompetitivas en la cadena de distribución comercial... y, en fin, otros muchos trabajos a los que no hacemos referencia en esta presentación y que podríamos seguir citando, todos ellos de alta calidad, interesantes y rigurosos.*

*Finalmente, la Fundación ICO desea felicitar explícitamente a los importantes investigadores y analistas que colaboran en este Anuario por las brillantes y profundas contribuciones de cada uno de ellos, tanto desde una vertiente económica como jurídica. Y, en particular, agradece al profesor Lluís CASES su impecable y rigurosa labor en la coordinación y dirección del Anuario que ahora se presenta. Como se podrá apreciar, son numerosos y de gran calado los temas acometidos y valiosas las aportaciones realizadas en una materia de suma importancia para la economía española, lo que convierte a la presente publicación en un manual de consulta obligatoria para los especialistas en esta parcela del conocimiento y para los actores de la economía a la hora de elaborar y aprobar sus políticas económicas.*

Aurelio MARTÍNEZ ESTÉVEZ  
Presidente de la Fundación ICO

# LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. 2003

Lluís CASES

Director del *Anuario de la Competencia*  
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

## 1. LA REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. HACIA UNA APLICACIÓN MÁS EFECTIVA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

La acción en defensa del mantenimiento de una competencia suficiente y efectiva constituye uno de los principales instrumentos de política económica en una economía de mercado. Únicamente con un verdadero sistema que asegure de forma eficaz el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado se pueden conseguir los esperados beneficios del proceso de liberalización, en que España está inmersa desde inicios de la década de los noventa, y de la economía de mercado abierto. En consecuencia, es especialmente relevante estar muy atento a que el sistema de protección de la competencia cumpla a la perfección la misión que tiene encomendada.

El sistema español de control de prácticas restrictivas de la competencia y de concentraciones debe afrontar adecuadamente varios retos para lograr su plena efectividad en la actualidad. Ello es especialmente sentido en relación con el control de las prácticas restrictivas y menos con el control de concentraciones empresariales. Después de prácticamente quince años de operatividad, disponemos ya de una experiencia y tradición suficiente y es el momento idóneo para atender a nuevas preocupaciones y dar nuevos impulsos. En este sentido, conviene señalar que las dos opciones políticas mayoritarias contemplaban en sus respectivos programas electorales la reforma de los instrumentos de protección de la competencia.

Además, hay dos realidades nuevas o todavía recientes que exigen afrontar de forma global e inmediata la reflexión sobre el sistema español de defensa de la competencia.

La modernización de la aplicación de las normas comunitarias implicará la atribución a las autoridades españolas de una mayor responsabilidad en esta aplicación. Tanto las autoridades administrativas como las judiciales cuya operatividad se pretende potenciar, como se analizará

en el epígrafe siguiente de esta introducción, tendrán nuevas responsabilidades que les puede conllevar desarrollar un papel relevante en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

Asimismo, esta atribución deberá ir acompañada con el adecuado funcionamiento de la red de autoridades de competencia. No son pocas las cuestiones nuevas, de distinto calado, que plantea la descentralización comunitaria, que son objeto de análisis en este *Anuario de la Competencia*, y requerirá sin duda que en España tanto las autoridades administrativas como las judiciales dispongan de mecanismos precisos para cumplir el cometido.

En España está en curso un proceso de implantación de autoridades autonómicas de protección de la competencia, cuyo origen es la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 y que se articula en base a la Ley 1/2002. En distintas ocasiones, en los *Anuarios de la Competencia*, tanto en el apartado de estudios como en las introducciones, hemos analizado con detalle el origen y articulación del nuevo sistema institucional. En este *Anuario*, Xabier ARZOZ SANTISTEBAN analiza con sumo detalle las implicaciones de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 respecto de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2003. Las implicaciones prácticas reales del nuevo sistema institucional no deben circunscribirse, a nuestro entender, sí obviamente conocer, a un mero ajuste de las resoluciones actuales a la nueva estructura. La traducción práctica estará en función, sin duda, de la puesta en acción que desarrollen los poderes públicos autonómicos y de su apuesta decidida por el control de las prácticas restrictivas de la competencia como política económica en defensa del interés general.

Este nuevo sistema institucional, que requiere, por tanto, un compromiso cierto de las autoridades autonómicas en la protección de la competencia, puede constituir un impulso decisivo para la aplicación más efectiva de las normas de competencia. Es evidente que ello requiere especialmente mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades, que se están articulando en términos positivos.

Por todo ello, es imprescindible para la buena salud del sistema español de defensa de la competencia que las normas sean objeto de una aplicación mucho más efectiva. Para ello se pueden adoptar varias medidas que vamos a enunciar. Muchas de ellas ya han sido objeto de comentario en anteriores introducciones de este *Anuario*, de modo que en estos casos se expondrán de forma más detallada.

Disponer de una verdadera iniciativa pública en la aplicación, que ha sido prácticamente inexistente y que ha implicado que la aplicación se centre exclusivamente en la atención de las denuncias de particulares. El descenso progresivo de las denuncias en los últimos años (de 214 en el año 1997 a 53 en el año 2003), que puede observarse en el apartado relativo al Servicio de Defensa de la Competencia de este *Anuario*, no se ha visto acompañado de un impulso de la actividad de persecución



de oficio de las autoridades. Si lo observamos respecto a los últimos cuatro años (2000 a 2003) puede verse cómo los expedientes de prácticas restrictivas derivados de denuncia que valora el Servicio se han reducido (99, 95, 70 y 53) y los expedientes de oficio también se han reducido (3, 1, 2 y 0). Seguramente el volumen de las denuncias sufre un proceso lógico de adaptación. Buena parte de las denuncias que se presentaban eran objeto de archivo inmediato, de forma que es posible pensar que progresivamente el volumen se ajusta a una aplicación real de las normas de competencia. No obstante, resulta cuestionable la inexistencia de una aplicación de oficio de las normas de competencia. Únicamente se actúa entonces en función de la existencia de denuncias, lo que no parece de recibo. Es menester que las autoridades establezcan programas de aplicación de las normas de competencia, ya sea por la elección de sectores concretos que sean objeto de un examen detallado, lo que seguramente podría redundar en propuestas de reforma normativa para incrementar la competencia, o bien por la fijación de determinados indicadores que activen los instrumentos públicos de investigación y análisis.

Seguramente prácticamente todos los aplicadores, públicos o privados, de las normas relativas al control de prácticas restrictivas de la competencia coincidirán en la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo. Obviamente, todo expediente sancionador debe estar presidido por las debidas garantías constitucionales. No obstante, es evidente que el actual procedimiento administrativo, articulado en una doble instancia, supone en ocasiones la reproducción de trámites que es preciso revisar. En el marco de un procedimiento más simple deberán valorarse como positivas todas las medidas que potencien una aplicación más efectiva de las normas, como las políticas de clemencia, que deben ser contempladas legalmente para ser posteriormente aplicadas por las autoridades administrativas.

La introducción de programas de clemencia, de *leanency* en el término inglés que viene siendo utilizado por la doctrina, puede ser un mecanismo interesante para potenciar la aplicación de las normas de competencia<sup>1</sup>. Estos programas pueden suponer una mayor eficiencia en la gestión pública y generar incertidumbres en los cárteles. A nuestro entender, no existen impedimentos normativos para su introducción<sup>2</sup> en el ordenamiento jurí-

---

<sup>1</sup> El tema ha sido abordado en anteriores ediciones de este *Anuario*. En concreto, Mercedes PEDRAZ, «Cuestiones que plantea la aplicación en España de programas de arrepentimiento, en defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*; Inmaculada SANZ, «Inmunidad total para la empresa que desmanteló los cárteles de vitaminas por aplicación del principio de clemencia (*leniency*)», *Anuario de la Competencia 2001*.

<sup>2</sup> Recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002, en la que, frente a la alegada vulneración del principio de igualdad o de tutela judicial efectiva por haber sufrido un tratamiento sancionador distinto en un mismo expediente, se indica: «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 no por ello puede calificarse de contrario al art. 14 o, mucho menos, al 24, ambos de la Constitución. No hay igualdad de circunstancias cuando se trata de com-

dico español. Sí son precisas algunas observaciones para su introducción: ha de formar parte de un programa efectivo de aplicación y no configurarse como un mecanismo aislado frente a las dificultades en la gestión de la aplicación de las normas de competencia; para su plena utilidad y sentido debe existir, con carácter previo, una política sancionadora estable, clara y continuada; deben formularse criterios claros para su operatividad que sistematicen la actuación administrativa y ofrezcan la debida seguridad jurídica; requiere un esfuerzo de concreción adecuada en las posteriores resoluciones administrativas, donde deberá motivarse la parte dispositiva; enlazar la articulación del programa con la red española de autoridades de competencia; no desconocer que la temática de las consecuencias civiles de la infracción, que persistirá en un sistema institucional dual, puede suponer un freno notable a la puesta en práctica de los programas.

En la introducción del *Anuario 2002* manifesté mi opinión favorable a eliminar la autorización singular y operar en base a un sistema de excepción legal, como acontece en el nuevo Derecho comunitario, ya que esta figura no ha dispuesto de una excesiva utilidad y existe ya un cuerpo de análisis conocido. Esta revisión encaja en el entorno de mayor liberalización y atribución de responsabilidad a los operadores económicos y, asimismo, permite disponer de mayores medios para la persecución de las infracciones.

Tanto una aproximación inicial a las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia dictadas en los últimos años, como una visión más personal, muestran que los principales asuntos de competencia han acontecido en mercados en transición de una intensa a una más liviana regulación. Por ello es recomendable dedicar especiales esfuerzos a la vigilancia del mantenimiento de una competencia suficiente en estos mercados que comúnmente se denominan liberalizados. Es especialmente importante que toda opción liberalizadora vaya acompañada de mecanismos de protección de la competencia que den plenas garantías de que ésta será efectiva y suficiente.

Los plazos de aplicación de las normas de competencia son directamente inasumibles. En la introducción del *Anuario 2002* ya nos hicimos eco de ello. Es imprescindible que toda reforma de las normas de competencia implique una reducción efectiva de los plazos de aplicación. Esta observación debe predicarse desde la óptica de percibir los plazos en un sentido global, es decir, atendiendo a los plazos de recurso judicial.

En el sistema español, creo que se puede afirmar que la potencial aplicación dual no es una realidad. Las normas de competencia, recor-

---

parar la denuncia (inicial) con la intervención sucesiva en el curso de un expediente administrativo. Si a lo largo de éste uno de los expedientados, incluso el 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».

demos, pueden ser aplicadas por las autoridades públicas, las propias de la Administración general del Estado o las autonómicas, y por los jueces civiles. Es una aplicación dual que responde a intereses distintos, públicos y privados. La aplicación judicial de las normas de competencia en España no es relevante. Las causas pueden ser variadas: falta de especialización judicial; falta de tradición de una potencial aplicación dual de la misma norma a una misma conducta; falta de conocimiento de los abogados. A nuestro entender, el principal obstáculo para una aplicación efectiva de las normas de competencia por los jueces es el art. 13 de la Ley de Defensa de la Competencia, que dispone que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. En anteriores *Anuarios* se ha prestado atención a esta temática. Esta restricción supone, a nuestro entender, el freno principal a que se ejerciten acciones civiles en materia de competencia. Por ello, ahora que ya existe una cierta tradición y experiencia en la aplicación de las normas de competencia, si se apuesta por la aplicación dual debe eliminarse esta restricción. Su mantenimiento es incompatible con la pretensión de una aplicación judicial efectiva de las normas de competencia.

Una política de mayor efectividad de las normas de competencia requiere una mayor claridad en el ejercicio de la potestad sancionadora y evitar que pueda valorarse como económicamente más positiva la infracción que la sanción. Un examen de las resoluciones sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia no permite percibir la existencia de una política articulada, continuada y constante en materia sancionadora.

Las autoridades de competencia deben desarrollar de forma permanente una función de promoción de la competencia, ya sea por impulso de otras autoridades o por propia iniciativa. Es evidente que el proceso de liberalización en España, en parte impulsado por los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia, ha reducido ya los ámbitos materiales en que esta promoción es imprescindible. No obstante, debe ser función de las autoridades de competencia estar en constante alerta para promover el debate y la reflexión sobre la competencia. En este ámbito, sin duda, las autoridades autonómicas tienen un papel muy relevante a desarrollar. Tienen la oportunidad, igual como la tuvo y aprovechó el Tribunal en los primeros noventa, de introducir el debate, la reflexión y, sin duda, la crítica en muchos sectores de competencia normativa autonómica en que sería posible una estructura regulatoria más procompetitiva. Son muchos los sectores que son objeto de regulación exclusiva o de regulación de desarrollo de las bases estatales por parte de las Comunidades Autónomas. Sería magnífico que en estos sectores las autoridades autonómicas desarrollaran una función de examen para valorar su incidencia en la competencia y, en su caso, propusieran reformas para introducir mayores dosis de competencia.

En una economía cada vez más globalizada, la protección de la competencia no es exclusivamente un factor nacional y ello obliga a disponer de mecanismos que aseguren la adecuada colaboración y cooperación entre las autoridades de diferentes países. Igualmente, el proceso constante de innovación, característico de nuestro sistema económico de mercado, hace que aparezcan nuevas estructuras económicas que deben, obviamente, respetar las normas de competencia. Todo ello hace que las autoridades españolas deban estar especialmente atentas a su participación en sede comunitaria y en foros internacionales para dotarse de los instrumentos adecuados.

Hemos efectuado un breve repaso a los principales, seguramente no los únicos, aspectos para impulsar una reforma profunda de las actuales normas o la promulgación de una nueva ley que permita afrontarlos en mejor disposición. Es evidente que, a nuestro entender, no es simplemente una cuestión de una reforma legal, sino que es preciso articular, en base a una nueva ley, una política de aplicación más efectiva de las normas de competencia.

La característica esencial del nuevo sistema, que ya en el año 1994 defendía con rotundidad, ha de ser la integración en una autoridad de todas las funciones de protección de la competencia, con la adopción de las medidas precisas para respetar la debida separación entre instrucción y resolución. Esta autoridad, que debe dotarse de los medios humanos y materiales oportunos, deberá disponer de plenas funciones para responsabilizarse del cometido clave de proteger la competencia y afrontar en la posición adecuada el reto de conseguir una aplicación más efectiva de las normas de competencia.

## 2. LA POTENCIACIÓN DE LA APLICACIÓN JUDICIAL

La aplicación del Derecho de la competencia por parte de los jueces ha sido en los últimos meses una cuestión de debate y reflexión. Sin duda, el Reglamento 1/2003 ha generalizado el debate acerca de esta aplicación, aunque, a nuestro entender, esta norma no ha supuesto en este campo una modificación radical. El Reglamento 1/2003 sí supone un cambio radical en la sustitución de la autorización administrativa singular, de competencia exclusiva de la Comisión Europea, de conductas restrictivas de la competencia por la concurrencia de los supuestos del apartado 3 del art. 81, por la denominada excepción legal. Luis BERENGUER en este *Anuario* analiza cómo se ha completado el proceso denominado “de modernización de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia”.

La aplicación judicial del Derecho de la competencia merece algunas reflexiones a tener en cuenta.

De entrada debe recordarse y reiterarse que los jueces nacionales eran competentes para aplicar el Derecho comunitario de la competencia

con carácter previo al Reglamento 1/2003. El efecto directo de las principales normas comunitarias de la competencia, reconocido con reiteración desde fechas muy tempranas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, permitía, sin duda, que los jueces nacionales las aplicasen dando protección a los derechos e intereses de los particulares que pudiesen verse lesionados por conductas ilícitas. Este recordatorio, aunque extraordinariamente simple, es necesario por lo que a continuación se dirá. Es conocido que en España la aplicación judicial del Derecho de la competencia, ya sea comunitario o nacional, ha sido muy escasa. En distintas ocasiones el *Anuario de la Competencia* se ha hecho eco de esta temática. La potencial aplicación judicial ahora con el Reglamento 1/2003 será más compleja, de modo que es necesario revisar los problemas acontecidos para una aplicación judicial más generalizada.

Ciertamente, entendemos que con el Reglamento 1/2003 la aplicación judicial tiene un componente de mayor dificultad derivado de la denominada excepción legal. Los detalles concretos de esta aplicación son analizados con precisión en este *Anuario* por parte de Juan Manuel FERNÁNDEZ. Hay que tener en cuenta que ya no existirá la competencia exclusiva de la Comisión para adoptar una decisión —situación que generalmente ya no se daba y se operaba en un estadio de informalidad presidido por las criticadas cartas administrativas— que determine la autorización singular de una conducta restrictiva. Corresponderá a los particulares, y en último término a la jurisdicción civil, evaluar y decidir si en una concreta conducta restrictiva concurren otras circunstancias que la hagan merecedora de autorización. Éste no es un juicio fácil o sencillo. En la práctica será una cuestión que deberá ser afrontada con cierta recurrencia, ya que la parte demandada en el proceso, después de alegar que la conducta objeto del proceso no es restrictiva, indicará que, en caso de que lo sea, merece concebirse como autorizada por la concurrencia de uno o varios de los supuestos del apartado 3 del art. 81 del Tratado. Este apartado incorpora un juicio, que podemos calificar de interés público, que puede resultar complejo en un proceso en estricta defensa de intereses particulares. Recordemos que el apartado 3 del art. 81 dispone:

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

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

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

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

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

La aplicación de este apartado, y en general de todo el Derecho comunitario de la competencia, requiere unos jueces que dispongan de un intenso conocimiento de su contenido y de la interpretación dictada por la Comisión, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, cada vez más, a nuestro entender, por las autoridades nacionales. En este sentido, debe verse como positiva la atribución de la competencia para conocer de este ámbito del Derecho a los jueces de lo mercantil mediante la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio. El haber aprovechado la institucionalización de los jueces de lo mercantil para atribuirles esta competencia ha sido una medida muy interesante. Deberá verse en los próximos meses si el listado de competencias atribuidas a estos jueces, notablemente amplio, no es un impedimento para una aplicación efectiva de las normas comunitarias de la competencia.

En cambio, resulta más sorprendente que la atribución de la competencia a los jueces de lo mercantil se refiera exclusivamente al Derecho comunitario y que no haya alcanzado al Derecho nacional de la competencia. Esta no atribución podría verse en clave positiva desde la perspectiva de la no “contaminación” de los problemas que arrastra la aplicación judicial del Derecho nacional. No obstante, seguro que en fechas próximas será afrontada esta disfunción y se unificará la competencia judicial para conocer los asuntos de Derecho de la competencia, tanto comunitario como nacional.

En todo caso, la potenciación de la aplicación judicial generará que pueda ser realidad la existencia de una multiplicidad de órganos competentes para pronunciarse en materias de competencia. Esta realidad, seguro, producirá el resurgimiento de controversias de un modelo de aplicación del Derecho de la competencia dual, esto es, por la Administración pública, sea la Comisión Europea o las autoridades nacionales, y por la jurisdicción ordinaria. Concurren, como es conocido, el *enforcement* público y el *enforcement* privado, aunque no cabe olvidar que los intereses perseguidos son distintos en los dos casos. El interés público en el primero y el interés privado en el segundo, pese a que no siempre es fácil deslindar con precisión ambos.

La principal controversia que surgirá será la aplicación uniforme de las normas y, por tanto, evitar decisiones contradictorias. El Reglamento 1/2003 y la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE<sup>3</sup> (en adelante, Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004) dedican especial atención a esta cuestión.

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE (2004/C-101/04) (DOCE, núm. C 101/54, 27 de abril de 2004).

Es evidente que a todas luces resulta positiva toda labor tendente a evitar una aplicación contradictoria del Derecho de la competencia por los distintos órganos competentes. Pero hay que evitar el riesgo de que un excesivo celo para evitar cualquier riesgo de decisiones contradictorias pueda conllevar una quiebra en la aplicación judicial del Derecho comunitario.

Un rigor excesivo en este aspectos es en cierto modo contradictorio con la voluntad expresa de la Comisión de multiplicar los aplicadores del Derecho de la competencia y del efecto directo de sus principales normas.

Al respecto conviene recordar que la potencial contradicción puede acontecer en nuestro Derecho nacional de la competencia. Es más, ya ha existido. Son diversas las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia que se pronuncian sobre conductas anteriormente analizadas por un órgano jurisdiccional civil de forma distinta a éste. Por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia no ha tenido ningún impedimento en pronunciarse de forma radicalmente distinta de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos en su Resolución de 18 de diciembre de 1991:

«Respecto de esta alegación, el Tribunal que ahora resuelve entiende que la Ley 16/1989 establece, en su art. 1, unos límites a la autonomía de la voluntad inspirados en la defensa de la competencia en cuanto principio ordenador del mercado, cuya transgresión, a más constituir una infracción administrativa susceptible de sanción —art. 10—, hace al acuerdo nulo de pleno derecho —art. 1.2—. La apreciación de si se han respetado o no los límites del art. 1 y, en su caso, la concesión de una autorización que haga lícita la transgresión —art. 4—, corresponden al órgano específico que la propia ley prevé, esto es, al TDC —art. 25—. Ello sin perjuicio de la posterior revisión de sus decisiones por la jurisdicción contencioso-administrativa —art. 49—. La Ley 16/1989 sólo condiciona o limita la actuación del Tribunal cuando los mismos hechos son objeto de un procedimiento ante los órganos comunitarios —art. 45— o de un proceso penal —art. 55—. Por lo que una sentencia dictada en un proceso civil inspirado esencialmente en el principio dispositivo, en cuanto dirigido a la satisfacción de pretensiones privadas y en el que no ha tenido ninguna intervención el TDC, no debe impedirle el ejercicio de la competencia que tiene atribuida por la Ley 16/1989 y que es irrenunciable —art. 6 LPA—»<sup>4</sup>.

En el Derecho nacional no existen mecanismos que articulen un cierto sometimiento de los pronunciamientos judiciales a las decisiones administrativas como se regula en el Reglamento 1/2003, que no tendrían encaje en nuestro sistema jurídico<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Este criterio ha sido mantenido con reiteración. Entre otras, pueden verse las Resoluciones de 18 de junio de 1995, 31 de marzo de 1997 y 29 de julio de 1999.

<sup>5</sup> Únicamente apuntar, ya que no puede ser objeto de un análisis detallado en esta introducción, que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a una distinta apreciación de una

El juez nacional, en la aplicación del Derecho de la competencia comunitario, de forma resumida, puede encontrarse en tres situaciones distintas en función de la actuación de la Comisión Europea. Con carácter preliminar debe comentarse que estas situaciones se regulan en el Reglamento 1/2003 en la relación entre la Comisión y los jueces nacionales, y no entre éstos y las autoridades administrativas nacionales. Seguramente esta última relación es una cuestión de Derecho interno de los Estados miembros, pero en el momento en que la descentralización sea plenamente operativa debe tenerse muy presente que será sustancial.

La primera situación viene caracterizada por la existencia de una decisión previa de la Comisión Europea sobre el acuerdo, práctica o posición de dominio que el juez nacional debe examinar en el marco de un litigio privado. Esta situación, a su vez, se desdobra en dos en función de que la decisión de la Comisión haya sido objeto de un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia. En caso negativo, el juez nacional puede estar de acuerdo con el criterio de la Comisión y resuelve el litigio privado de conformidad con el mismo.

Pero también puede suceder que el juez nacional no comparta el criterio de la Comisión Europea. En este caso, el art. 16.1 del Reglamento 1/2003 dispone:

«Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas que, en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado, ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión».

En este supuesto, el juez nacional no puede adoptar una resolución en base a su criterio contrario al de la Comisión. El juez nacional deberá, según la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, de acuerdo con el art. 234 del Tratado <sup>6</sup>.

En caso de que la decisión de la Comisión haya sido objeto de recurso de anulación, el criterio de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 es suspender el proceso civil nacional. Indica expresamente la Comunicación:

«Si se impugna la decisión de la Comisión ante los tribunales comunitarios de conformidad con el art. 230 CE y el resultado del litigio ante el órgano jurisdiccional nacional depende de la validez de la decisión de la Comisión, el órgano jurisdiccional nacional deberá suspender su procedimiento hasta que los tribunales comunitarios dicten resolución definitiva en el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias que hagan al caso, está justificado plantear al Tribunal de

---

situación jurídica por parte de la Administración Pública y de la jurisdicción civil en materia de arrendamientos en la Sentencia 70/1989.

<sup>6</sup> Epígrafe 13.



Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de la Decisión de la Comisión»<sup>7</sup>.

Ciertamente, este criterio se deriva de la doctrina *Masterfood* del Tribunal de Justicia<sup>8</sup>. No obstante, y pese a la posibilidad de dictar medidas cautelares que la propia Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 pone de relieve<sup>9</sup>, cabe cuestionar este criterio desde la perspectiva del efecto directo. Los derechos e intereses de los particulares derivados de las normas comunitarias de la competencia quedarán aplazados un lapso de tiempo sustancial que puede poner en peligro una tutela suficiente y eficaz.

Respecto a esta situación conviene recordar, finalmente, que la aplicación de programas de *leanency* por parte de la Comisión no inciden en nada en la decisión del juez nacional. Es decir, un operador económico cubierto por una no sanción administrativa de la Comisión puede ser objeto de una sentencia nacional que le condene a satisfacer, por ejemplo, los daños y perjuicios ocasionados por la práctica restrictiva de la competencia. La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel<sup>10</sup> indica expresamente que:

«El hecho de que se conceda una dispensa de pago o una reducción del importe de la multa no exime a la empresa de las consecuencias civiles de su participación en infracciones del art. 81 del Tratado CE»<sup>11</sup>.

La segunda situación viene caracterizada por la no existencia de un expediente incoado<sup>12</sup> por la Comisión sobre el acuerdo, práctica o posición de dominio que el juez nacional debe valorar para resolver el litigio entre privados. En este caso, la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 indica que

«el órgano jurisdiccional nacional puede preguntar a la Comisión si ha iniciado un procedimiento relacionado con los mismos acuerdos, decisiones o prácticas y, de ser así, en qué estado se encuentra el procedimiento y si resulta probable que se adopte una decisión en dicho asunto»<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Epígrafe 13.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2000, as. C-344/98, *Masterfood*.

<sup>9</sup> El epígrafe 14 señala: «Cuando un órgano jurisdiccional nacional suspenda su procedimiento, por ejemplo, a la espera de una decisión de la Comisión (situación descrita en el punto 12 de la presente Comunicación), o hasta que los tribunales comunitarios dicten sentencia que ponga fin al procedimiento en un recurso de anulación o en un procedimiento prejudicial (situación descrita en el punto 13), deberá examinar si es necesario adoptar medidas cautelares para salvaguardar los intereses de las partes».

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2002/C-45/03) (*DOCE*, núm. C45/3, 19 de febrero de 2002).

<sup>11</sup> Epígrafe 31.

<sup>12</sup> Expediente que no ha concluido en una decisión de la Comisión.

<sup>13</sup> Epígrafe 12.

En este supuesto, la actuación del juez estará en función, dice la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, de sus dudas acerca de la decisión que podrá adoptar la Comisión. En caso de que tenga dudas:

«El órgano jurisdiccional puede también, por razones de seguridad jurídica, considerar la posibilidad de suspender su procedimiento hasta que la Comisión haya llegado a una decisión»<sup>14</sup>.

De nuevo, una utilización muy generosa de esta posibilidad puede resultar en detrimento del efecto directo de las normas comunitarias de la competencia.

En cambio,

«cuando el órgano jurisdiccional nacional no pueda albergar dudas razonables sobre la decisión que podrá adoptar la Comisión o cuando ésta haya adoptado una decisión en un asunto similar, el órgano jurisdiccional nacional podrá resolver el asunto pendiente de acuerdo con la decisión que podrá adoptar o haya adoptado la Comisión sin necesidad de pedir a ésta la información antes mencionada o de aguardar la decisión de la Comisión»<sup>15</sup>.

Finalmente, la tercera situación se caracteriza porque el acuerdo, práctica o posición de dominio que debe valorar el juez nacional no ha sido objeto de decisión previa por parte de la Comisión Europea. En este caso, la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 reitera que el juez nacional debe evitar la adopción de una decisión que no guarde coherencia con la decisión contemplada por la Comisión<sup>16</sup>. Para ello, el juez podrá recabar de la Comisión su parecer respecto del asunto concreto:

«Cuando deba aplicar las normas comunitarias de competencia en un litigio, el órgano jurisdiccional nacional puede orientarse inicialmente con ayuda de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o de los reglamentos, decisiones, comunicaciones y directrices de la Comisión que aplican los arts. 81 y 82 CE. Cuando estos instrumentos no ofrezcan la suficiente orientación, el órgano jurisdiccional nacional puede solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia. El órgano jurisdiccional nacional puede solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre cuestiones económicas, jurídicas y de hecho»<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> El epígrafe 12 indica a continuación: «La Comisión, por su parte, se esforzará por dar prioridad a los asuntos respecto de los cuales haya decidido incoar un procedimiento en el sentido del apartado 1 del art. 2 del Reglamento de la Comisión (CE) núm. 773/2004 y que constituyan el objeto de un procedimiento nacional suspendido por este motivo, especialmente cuando la resolución de un litigio civil dependa de dicho procedimiento».

<sup>15</sup> Epígrafe 12.

<sup>16</sup> Epígrafe 12.

<sup>17</sup> Epígrafe 27.

Obviamente, esta posibilidad no es en menoscabo de la competencia del juez nacional de presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para la interpretación o validez del Derecho comunitario<sup>18</sup>.

El funcionamiento adecuado de este complejo entramado de relaciones, resumido en las tres situaciones anteriormente descritas, es clave para el éxito de la potenciación de la aplicación judicial real de las normas de competencia. A nuestro entender existen tres claves fundamentales a tener en cuenta. La primera ha de ser la máxima flexibilidad de las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión, y a la inversa. Manteniendo el rigor procesal debido es imprescindible articular mecanismos en sede judicial española que aseguren una comunicación efectiva y rápida. La segunda ha de ser la realización de buenas prácticas por parte de la Comisión. La Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, tantas veces repetida, reitera en distintas ocasiones la voluntad de la Comisión de agilizar los procesos, de responder en breves plazos los requerimientos de los órganos jurisdiccionales nacionales. Es necesario que en la práctica administrativa futura, en el día a día, se mantengan unas buenas prácticas que positivicen la cooperación. La tercera ha de ser el profundo conocimiento por parte del juez nacional del Derecho de la competencia. La plena virtualidad de la aplicación judicial efectiva, el pleno respeto al efecto directo de las normas, la no retro administrativización de la aplicación judicial, requiere unos jueces nacionales con un conocimiento profundo y en formación permanente y constante de las normas de competencia, en tanto que las normas de competencia, por su propia naturaleza, son dinámicas y evolutivas. La atribución de la competencia en España a los jueces de lo mercantil es una muy buena opción inicial, que deberá ser acompañada de los mecanismos y decisiones que posibiliten a estos jueces una aplicación efectiva de las normas de competencia.

En Derecho nacional, como hemos indicado en esta misma introducción, el principal obstáculo para la aplicación judicial del Derecho de la competencia es el art. 13 de la Ley de Defensa de la Competencia. Seguramente habrá otros problemas, pero, a nuestro entender, éste es el principal. En caso de mantenerse la opción por un sistema institucional que pretende ser dual, esto es, aplicación pública y privada de forma simultánea, es imprescindible, máxime cuando ya se dispone de cierta tradición y experiencia, eliminar la restricción que supone el indicado artículo a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

### 3. EL ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2003

El *Anuario de la Competencia*, con el apoyo de la Fundación ICO desde 1996, ha seguido con puntualidad año tras año aportando reflexiones,

<sup>18</sup> Epígrafe 27.

ideas, propuestas, críticas, observaciones, datos, informaciones sobre el desarrollo de la competencia en nuestro país y en la Unión Europea.

El *Anuario de la Competencia 2003* mantiene la misma estructura que los anteriores, que entendemos permite ser de utilidad a todos los que, por distintos motivos y llevados por diferentes preocupaciones, se aproximen a la obra.

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*.

# PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL MODELO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco Sánchez González

Profesor del ICAE de la Universidad de Salamanca

## PRIMERA PARTE

### INTRODUCCIÓN ESTUDIOS

Hoy estamos en el tercer año de la aplicación de la primera ley de defensa de la competencia en España, la Ley 15/1981, de 20 de mayo de Represión de Prácticas Ilícitas de la Competencia. Han sido tres décadas en las que esta materia ha experimentado un gran desarrollo. Este libro quiere contribuir, en una de las posibles direcciones del conocimiento, a ofrecer un estado de cuestión de nuestro

Este estudio ha sido el resultado de un trabajo que se llevó a cabo al servicio de transformaciones políticas económicas en el mercado español. El marco teórico conceptualizado de la teoría de empresas, la estructura del funcionamiento interno, la organización, la gestión económica, los procesos de producción de empresas públicas y la intervención del Estado. Se relaciona con algunas de las materias que se enseñan en el curso de la economía jurídica en otras áreas jurídicas y que, al mismo tiempo, está vinculado a la doctrina de la competencia en el nivel nacional que se expone a continuación.

La economía, como el resto de disciplinas transformadas por el avance del político y económico y social europeo y de otros países, se ha convertido en un elemento esencial en nuestro país que ha permitido por la apertura y la liberalización de los principales sectores para garantizar el crecimiento y el desarrollo en el largo plazo, en el futuro, para hacer realidad de la economía libre, defensa de la competencia en España en estos últimos años, y que, al mismo tiempo, ha permitido a la doctrina de la competencia en el nivel nacional que se expone a continuación.

Desde las reformas que se han llevado a cabo en el mercado español, se ha observado un gran desarrollo de la actividad pero ante un deterioro creciente y creciente, en el nivel de las condiciones de la competencia.



# PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL MODELO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de cuarenta años de la aprobación de la primera ley de defensa de la competencia en España, la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Son cuatro décadas en las que esta materia ha evolucionado en todos los países desarrollados hasta convertirse en una de las piedras angulares del funcionamiento eficaz de cualquier economía de mercado.

Esta evolución ha sido aún mayor en nuestro país en línea con el proceso de transformación política y económica de la sociedad española. El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, la adhesión a las Comunidades Europeas, la descentralización, la apertura económica, los procesos de privatización de empresas públicas y la introducción de medidas liberalizadoras son algunos de los hitos que han marcado el devenir de la economía española en estas últimas décadas y que, al mismo tiempo, han ubicado a la defensa de la competencia en el papel central que ocupa hoy día.

Un momento como el actual, de profunda transformación institucional, política y económica a nivel europeo y de consolidación de un modelo económico en nuestro país que ha apostado por la apertura y la libertad como principales valores para garantizar el crecimiento y el desarrollo en el largo plazo, es el adecuado para hacer balance de la evolución de la defensa de la competencia en España en estas últimas décadas y apuntar los principales retos, y algunas respuestas, a afrontar en los años venideros.

Todas las materias que versan sobre cuestiones relativas a la Economía o el Derecho deben tener la capacidad de adaptarse a la evolución de la sociedad pero esto es especialmente cierto y necesario en el caso de la defensa de la competencia.

En primer lugar, porque se trata de una disciplina joven: cuarenta años es muy poco tiempo si lo comparamos con otras ramas de la Economía o el Derecho.

Y, en segundo lugar, porque esta materia se muestra muy sensible a una etapa de cambios como la actual. Cambios en la configuración de la Unión Europea. Cambios en los modos de actuar de las empresas. Cambios, todos ellos, que obligan a las autoridades competentes a mantener un espíritu abierto de adaptación a las nuevas realidades que permita preservar la esencia y razón de ser de la defensa de la competencia y, al mismo tiempo, garantizar el cumplimiento eficaz de sus objetivos.

## 2. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. CUARENTA AÑOS DE EVOLUCIÓN

Hablar de defensa de la competencia hoy día en España se ha convertido en algo habitual. Las empresas otorgan mayor importancia a la compatibilidad de sus acuerdos o decisiones comerciales con las normas de defensa de la competencia, los medios de comunicación amplían las páginas o los minutos de antena dedicados a esta materia, los ciudadanos se muestran cada vez más interesados en estos asuntos y los Gobiernos no dudan en reconocer la necesidad de fortalecer las instituciones responsables de garantizar la libre competencia en nuestra economía.

No obstante, esto no ha sido siempre así. Al igual que la economía española ha evolucionado a ritmos impredecibles en las últimas décadas, también lo ha hecho nuestro sistema de defensa de la competencia.

Los últimos años cincuenta y principios de los sesenta del siglo pasado fueron testigos de un proceso de transformación importante de la economía española, que trataba de evolucionar desde un esquema basado en la protección, el cierre de mercados, la intervención estatal y la ausencia de competencia hacia uno caracterizado por la apertura y la libertad e inspirado en las reglas del mercado.

En ese entorno histórico se aprobó, en 1963, la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia que sentaba las primeras bases de la defensa de la competencia en nuestro país.

La Ley recogía, con una técnica no muy precisa y con diversas salvaguardas, algunos de los instrumentos contemplados por las legislaciones de los países que en esos momentos más habían avanzado en esta materia. No obstante, la realidad de la economía española limitó enormemente su aplicación.

Por ello, en términos prácticos no podemos hablar de la llegada de un verdadero sistema moderno de defensa de la competencia a nuestro país hasta la promulgación de la, actualmente en vigor, Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. La nueva Ley forma parte



del paquete de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al acervo comunitario tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

Mientras que la Ley de 1963 marcaba una línea de evolución ideológica adecuada pero la realidad de la economía española prácticamente imposibilitaba su aplicación práctica; todo lo contrario ocurre con la Ley de 1989. La economía española se encuentra en un momento de transformación muy profunda en el que las instituciones y las normas de defensa de la competencia jugarán un papel importante.

A nivel sustantivo la normativa española no se separa del marco de actuación previsto en el Tratado comunitario pero lo más importante, desde mi punto de vista, es que desde su Exposición de Motivos recoge adecuadamente los principios inspiradores y objetivos de la defensa de la competencia.

Respecto al modelo institucional elegido, el panorama europeo ofrecía un abanico abierto de posibilidades. Entre todas ellas, la opción del legislador español a favor de un modelo institucional doble con un departamento ministerial, encargado de la instrucción de los expedientes, y una institución administrativa independiente, responsable de su resolución, era congruente con la tradición jurídico-administrativa española, inspirada en el Código napoleónico, en la que la separación institucional entre las fases de instrucción y resolución ha sido un principio importante en el ámbito sancionador.

El sistema que nació en 1989, en lo sustantivo, espejo del Tratado de Roma y, en lo institucional y procedimental, heredero de la tradición jurídica española, se fue desarrollando y consolidando a través de numerosas reformas introducidas con el ánimo de adaptarse a las nuevas realidades y superar algunas lagunas de la legislación original.

Esta norma, con las modificaciones subsiguientes, es la base sobre la que se ha desarrollado y consolidado la defensa de la competencia en nuestro país durante los últimos quince años.

La actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia en esta etapa da buena muestra de la relevancia que ha adquirido esta materia: se han resuelto más de 550 expedientes sancionadores, alrededor de 600 recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia y algo más de 300 expedientes de autorizaciones singulares. Al mismo tiempo, se han evaluado más de 80 concentraciones empresariales, se han elaborado casi 650 informes relativos a la apertura de grandes establecimientos comerciales y se han emitido numerosos dictámenes sobre las condiciones de competencia en distintos mercados.

Todo ello ha permitido acumular un conocimiento muy extenso que abarca casi la totalidad de sectores de la actividad económica y de conductas contrarias a la libre competencia. Este conocimiento se ha traducido en una constante lucha contra los acuerdos colusorios o los abusos de posición de dominio que ha contribuido al desarrollo de la economía

española desde diversas perspectivas. Pero hay dos que considero especialmente destacables.

La primera de ellas se enmarca en el proceso de internacionalización de las empresas españolas que emerge durante la década pasada. Existen muchas claves para explicar el éxito de las empresas españolas en su afán por abrir mercados exteriores pero, indudablemente, una de las más determinantes es su nivel de competitividad. Este nivel de competitividad alcanzado por una buena parte de nuestras empresas, no sólo las grandes multinacionales, responde en buena medida a la existencia de condiciones de competencia en el mercado nacional.

Muchos sectores de la economía española se caracterizaban hasta hace poco tiempo por una estructura anticompetitiva, contraria a los intereses de los consumidores, empresas y particulares, que dañaba la productividad del conjunto de la economía.

La denuncia y sanción de este tipo de prácticas contrarias a la libre competencia ha permitido que las empresas y consumidores dispongan hoy día de una mejor y más variada oferta de productos y servicios. Esta realidad es la que permite proclamar que la Ley de Defensa de la Competencia es una ley *para* las empresas y no *contra* las empresas.

En segundo lugar, la contribución de la actividad resolutoria del Tribunal ha sido especialmente destacable en estos últimos años en relación con los procesos de liberalización y privatización de empresas públicas. La mera venta de una empresa estatal puede no suponer más que la transferencia de un monopolio público a manos privadas si no va acompañada de un proceso de liberalización que permita la entrada de nuevos competidores.

Y es en este proceso de liberalización en el que, además de la actuación del órgano regulador correspondiente, juega un papel determinante la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Es habitual, como muestra numerosa evidencia empírica a nivel mundial, que en las primeras etapas de la liberalización el antiguo monopolio público lleve a cabo prácticas que obstaculicen la entrada de nuevos competidores.

Por ello, la actuación efectiva de las autoridades de defensa de la competencia prohibiendo y sancionando conductas abusivas de la posición de dominio del antiguo monopolio es determinante para garantizar que el proceso de liberalización culmine en una estructura de mercado basada en las reglas de la libre competencia de la que se beneficie el conjunto de la sociedad.

En estos últimos años el Tribunal ha tenido ocasión de actuar en esta línea en diversos sectores como el postal, telecomunicaciones, tabaco, energía o transporte, sancionando en más de veinte ocasiones a antiguos monopolios públicos cuya conducta suponía un obstáculo a la llegada de la libre competencia a esos mercados.

En el campo de las operaciones de concentración empresarial, el Tribunal también ha desempeñado una labor importante, especialmente a partir de la reforma de 1999 que obliga a notificar las operaciones que superen una serie de umbrales, en términos de cuota de mercado y facturación, establecidos en la Ley.

Si bien el carácter del informe elaborado por el Tribunal en esta materia no es vinculante para el Consejo de Ministros, que toma la decisión definitiva; la experiencia hasta el momento indica que son muy pocas las ocasiones en las que el Gobierno se ha desviado de la recomendación del Tribunal, lo que ha dotado de mayor relevancia a sus informes.

Además, las revisiones judiciales de las actuaciones del Gobierno en este ámbito han limitado el margen discrecional de éste respecto a las recomendaciones del Tribunal. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002 por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Prosegur contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2000 por el que se aprobaba con condiciones la operación de concentración entre Prosegur y Blindados del Norte en su Fundamento de Derecho Cuarto señala:

*«En efecto, el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los proyectos de concentración que le son remitidos analiza todas las circunstancias significativas (delimitación y estructura de los mercados relevantes, posibilidades de elección de los afectados, poder económico y financiero de las empresas, evolución de la oferta y la demanda, competencia exterior, entre otros) para verificar si aquéllos pueden obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado. Su análisis de los posibles efectos restrictivos de la concentración, que ha de extenderse también a los eventuales aspectos beneficiosos que ofrezca (mejora de los sistemas de producción o comercialización, fomento del progreso técnico o económico, aumento de la competitividad, beneficios para los consumidores o usuarios, entre otros), incorpora, pues, la motivación suficiente para justificar, en su caso, la negativa o las condiciones impuestas a la concentración. Si el Consejo de Ministros se conforma con el dictamen, basta con remitirse a él; si disiente, ha de motivar por qué».*

Las reestructuraciones empresariales que han acompañado al proceso de transformación de la economía española en estos últimos años han dotado igualmente de mayor protagonismo a esta actuación del Tribunal. Sectores tan trascendentes para la competitividad de la economía española como la banca, telecomunicaciones, energía, distribución comercial o transporte han sido testigos de reestructuraciones empresariales de gran calado que el Tribunal ha analizado y evaluado con la intención de garantizar el mantenimiento de competencia efectiva en los mercados afectados.

No obstante, la trascendencia de la labor del Tribunal durante estos años no termina en su actividad resolutoria, o consultiva en el caso de las concentraciones, sino que, al mismo tiempo, ha jugado un papel muy

importante en el propio impulso de los procesos de apertura y liberalización de la economía española mediante la elaboración de informes.

Así, en 1993 el Tribunal elaboró un informe titulado «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios» que establecía el argumento clave para entender los procesos de liberalización que comenzaban a emprenderse en esos años:

*«Aquellos países que sometieron su industria a la libertad durante la revolución industrial son hoy los que gozan de empresas multinacionales capaces de competir internacionalmente, mientras que aquellos países que protegieron su industria y la abrigaron de la competencia se encontraron con industrias incapaces de competir en los mercados internacionales. La política de proteger hoy para competir mañana resultó nefasta para esos países».*

El Informe de 1993 detallaba los beneficios que la implantación generalizada de la libre competencia en la economía española conllevaría para el conjunto de la sociedad e iba más allá, puesto que elaboraba un listado de medidas liberalizadoras destinadas a algunos de los sectores productivos de mayor trascendencia que han servido de base para el diseño de las políticas liberalizadoras desarrolladas en los años posteriores.

En 1995 el Tribunal elaboró otro Informe de estas características titulado «La competencia en España: Balance y nuevas propuestas» que, siguiendo la estela del Informe de 1993, profundizaba en las recetas liberalizadoras presentadas en éste y ampliaba el análisis a nuevos sectores como la banca, los puertos, la distribución de petróleo, el cine y las oficinas de farmacia.

Posteriormente, se han añadido algunos informes más entre los que destacan el de 1997, sobre el precio de los libros, y el de 2003, sobre la legislación autonómica de distribución comercial, que han completado un argumentario doctrinal de enorme trascendencia para entender el proceso de modernización que ha registrado la economía española en estos últimos quince años, así como la necesidad de que este proceso prosiga.

En la misma línea el Tribunal ha hecho uso en numerosas ocasiones en los últimos años de la facultad que le otorga el art. 2.2 de la Ley para

*«formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales».*

Utilizando esta facultad, el Tribunal ha denunciado algunas legislaciones que amparaban situaciones contrarias a la competencia en sectores tales como distribución comercial, transporte o colegios profesionales.

En fin, son diversas las formas en las que la defensa de la competencia ha contribuido a la evolución más reciente de nuestra economía. Aún

queda mucho camino por recorrer pero es indudable que hoy día la economía española es mucho más abierta y liberalizada que hace quince años y que el bienestar económico de nuestra sociedad es mayor.

Esta realidad ha propiciado que hoy sea aceptada con carácter generalizado la necesidad de un sistema de defensa de la competencia en nuestra sociedad.

Actualmente, una gran mayoría de los ciudadanos españoles valora positivamente la libre competencia como una garantía clave para el buen funcionamiento de la economía de mercado y para que sus beneficios se trasladen al conjunto de la sociedad. Buena muestra de ello es que el debate ideológico entre los principales partidos políticos sobre esta materia no se centra en la justificación de los beneficios de la libre competencia sino en el diseño del mejor sistema para su defensa.

No obstante y a pesar de que el balance de estos últimos años es positivo, el futuro nos depara numerosos retos. Algunos de estos retos son específicos de nuestro país y, de hecho, ya han comenzado a afrontarse.

Me refiero, por ejemplo, al proceso de descentralización derivado del reconocimiento de competencias a las Comunidades Autónomas en esta materia. La entrada en vigor de la Ley 1/2002 dio inicio a una nueva etapa en el sistema español de defensa de la competencia en la cual las autoridades nacionales coexisten con las autonómicas en la aplicación efectiva de la Ley.

No es mi intención examinar en detalle las repercusiones de esta nueva realidad ni el contenido específico de la Ley 1/2002, pero sí resaltar que se trata de una situación que aún no ha desplegado la totalidad de sus efectos y que, en el momento que lo haga, supondrá una transformación importante de nuestro sistema institucional.

Sin embargo, no todos los retos son específicos de nuestro país. Existen otros muchos que se derivan de los cambios a nivel internacional y que, unidos a la experiencia acumulada en estos últimos años, demandan el establecimiento de un debate en torno a la modernización de nuestro modelo.

Son muchos los retos que, con toda seguridad, la defensa de la competencia habrá de afrontar en los próximos años. Unos, en el plano sustantivo, y otros, en el institucional, en el de establecimiento de procedimientos más eficaces o en el diseño de esquemas para mejorar la coordinación internacional. La capacidad de los Gobiernos y autoridades de competencia en la búsqueda de respuestas a estos retos será determinante para garantizar que la defensa de la competencia siga siendo un instrumento eficaz para nuestras economías.

No pretendo desarrollar todos los posibles retos a afrontar en el futuro, sino que me concentraré en algunas de las cuestiones que más directamente determinarán la evolución del modelo español.

### 3. EL RETO DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

#### A. EL REGLAMENTO 1/2003 Y EL PAQUETE DE MODERNIZACIÓN

El reto actual más importante para la defensa de la competencia en la Unión Europea es el derivado de la entrada en vigor el pasado 1 de mayo del Reglamento 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 sustituye al Reglamento 17/1962, y supone un cambio de gran calado en la aplicación de la normativa comunitaria de competencia tanto desde el punto de vista procedimental como institucional.

El nuevo Reglamento es la culminación de un proceso de modernización emprendido por la Comisión Europea en abril de 1999 mediante la elaboración de un Libro Blanco que identificaba los cambios que se habían producido en la aplicación de la defensa de la competencia en la Unión Europea en los últimos cuarenta años y diseñaba un plan estratégico para afrontar los retos que esta evolución planteaba junto a los derivados de su ampliación a nuevos Estados.

Durante los más de cuarenta años que ha estado en vigor el Reglamento 17, la mayoría de Estados miembros han aprobado normativas modernas de defensa de la competencia, inspiradas en los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma y en el Reglamento 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; han creado autoridades administrativas especializadas en esta materia y han desarrollado un notable *know-how* y una extensa jurisprudencia en la aplicación tanto de las normas nacionales como de las comunitarias. Asimismo, las decisiones de la Comisión Europea y las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han consolidado como guías a seguir por las autoridades de los Estados miembros, abarcando casi todas las materias relativas a esta rama del Derecho.

Esta realidad, unida a la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados y a la palpable insuficiencia de medios de la Dirección General de Competencia de la Comisión, ha obligado a las instituciones comunitarias a emprender un arduo y difícil camino de modernización del sistema de aplicación de las normas de competencia del Tratado que culminó el pasado 1 de mayo con la entrada efectiva en vigor del Reglamento 1/2003.

Este nuevo Reglamento introduce reformas muy importantes, la mayoría de ellas de procedimiento e institucionales, entre las que destacan las siguientes: un nuevo régimen de aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado, el reconocimiento expreso de competencias de las autoridades jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las normas comu-

nitarias de defensa de la competencia, una mayor descentralización en la aplicación de estas normas entre los Estados miembros y mayores poderes de investigación y sanción para la Comisión Europea.

En primer lugar, el Reglamento 1/2003 introduce un cambio radical en el sistema de aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado al eliminar la exclusividad de la Comisión Europea y pasarse de un régimen de autorización *ex post* a uno de exención legal.

Este nuevo sistema conlleva un cambio trascendental en la forma de actuar de las empresas que, a partir de ahora, habrán de decidir internamente si los acuerdos o contratos que vayan a firmar y que puedan infringir dicho apartado primero del art. 81 se beneficiarán de la exención del apartado tercero, puesto que ya no contarán con la posibilidad de notificar previamente el acuerdo a la Comisión para conocer su parecer.

Éste es uno de los puntos de la reforma que mayores voces críticas ha suscitado al considerarse que conlleva elevadas dosis de incertidumbre para la actuación empresarial. Estas críticas no están exentas de razón pero, en cualquier caso, los riesgos son limitados por varios motivos.

En primer lugar, la actuación de la Comisión Europea y los Tribunales comunitarios en estas últimas décadas ha generado una extensa jurisprudencia que abarca casi todo tipo de conductas y sectores, por lo que en la mayoría de las ocasiones los contratos o acuerdos que vayan a formalizar las empresas habrán sido ya evaluados por las autoridades comunitarias desde la óptica de las normas de defensa de la competencia y tanto las empresas como sus asesores encontrarán referencias válidas y contrastadas sobre la legalidad de sus actuaciones.

Asimismo, la Comisión ha recopilado la doctrina y jurisprudencia desarrollada en estas últimas décadas en una serie de principios y directrices relativas a la aplicación de este apartado 3 del art. 81 recogidos en una Comunicación que también forma parte del paquete de modernización y que ayudará a clarificar aquellos conceptos y principios que aun permanecieran dudosos.

Además, respecto a los nuevos casos que se puedan plantear, la Comisión Europea ha elaborado una Comunicación sobre Orientaciones Informales cuya filosofía es restablecer el diálogo entre las partes y la Comisión Europea para aquellos tipos de acuerdos o contratos en los que no existan precedentes.

Por último, la Comisión también ha plasmado en diversas partes de las Comunicaciones que acompañan al Reglamento 1/2003 su intención de aplicar multas simbólicas en aquellos casos que sean novedosos y en los que las empresas hubieran carecido de guías claras para determinar la legalidad o no de su actuación desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia.

Es comprensible la preocupación mostrada por el sector empresarial y sus asesores pero debe entenderse que los beneficios, en términos de

mayor agilidad en la actuación de las empresas, al eliminarse burocracia administrativa, que con toda razón es una reivindicación permanente del mundo empresarial, y la posibilidad de que la Comisión Europea destine mayores recursos a la persecución de las conductas prohibidas más graves, se traducirán en un sistema más eficaz.

La segunda novedad importante del Reglamento 1/2003 es el reconocimiento de las competencias de los jueces nacionales para la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

Esta novedad supone un cambio importante respecto a la situación actual en la que sólo las autoridades administrativas nacionales, en el caso español, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, tenían reconocidas expresamente estas competencias.

Esta novedad presenta un aspecto positivo para el conjunto del sistema al abrirse nuevas posibilidades para las empresas que se consideren perjudicadas por conductas contrarias a los arts. 81 y 82 del Tratado CE. Indudablemente, las normas de defensa de la competencia persiguen un interés general pero de ellas también se derivan derechos en la esfera privada de las personas físicas y jurídicas.

El reconocimiento expreso de competencias de los jueces nacionales abre la puerta para una mejor protección de estos derechos mediante el desarrollo de acciones civiles en esta materia que, hasta ahora, a diferencia de lo que ocurre al otro lado del Atlántico, habían sido anecdóticas en el modelo comunitario de defensa de la competencia.

De esta forma, se permite que las autoridades administrativas sigamos enfocando nuestra actuación en la preservación del interés público; defendiéndose los derechos de la esfera privada en la jurisdicción civil. Todo ello ayudará a reforzar el papel que la defensa de la competencia juega en el desarrollo de la actuación empresarial y el funcionamiento libre de los mercados.

El legislador español ha asignado con acierto estas competencias a unos Juzgados especializados en materia mercantil y que, por tanto, tendrán un mejor conocimiento del funcionamiento de los mercados y la actividad empresarial.

Por otro lado, la jurisprudencia acumulada tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia español como de la Comisión Europea y los Tribunales comunitarios es un valor de referencia muy importante para los Juzgados de lo Mercantil que debería permitir reducir los riesgos de falta de uniformidad en la aplicación de las normas comunitarias, que es otra de las críticas habituales a la reforma.

El ánimo del Tribunal es colaborar al máximo con los jueces españoles y buena muestra de ello es la firma de un convenio a estos efectos con el Consejo General del Poder Judicial el pasado mes de marzo.



Asimismo, el propio Reglamento 1/2003 abre la posibilidad para que tanto la Comisión Europea como las autoridades administrativas nacionales presentemos observaciones escritas o verbales en los procedimientos que se estén tramitando en la jurisdicción civil.

En este sentido, el legislador español no consideró necesario reformar la normativa para incluir esta figura con reminiscencias similares al *amicus curiae* a pesar de que, desde mi punto de vista, dicha reforma hubiera aportado mayor seguridad jurídica en la aplicación del nuevo sistema de cooperación y colaboración entre las autoridades administrativas y los jueces. Por ello, de forma alternativa, creo que debe preverse algún mecanismo que defina algunos puntos importantes para desarrollar esta facultad.

Entre estos puntos habría de diseñarse un sistema mediante el cual se conozcan sistemáticamente los procedimientos que estén desarrollándose ante los Juzgados de lo Mercantil relativos a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Asimismo, sería oportuno determinar el momento procesal adecuado y la vía de transmisión correcta para que las autoridades administrativas hagan llegar sus observaciones a estos jueces.

Todo ello contribuirá a que el nuevo Reglamento despliegue plenamente sus efectos en una materia tan importante como es la colaboración entre las autoridades judiciales y las administrativas en nuestro país.

El Reglamento 1/2003 conlleva una tercera novedad importante como es la descentralización de casos desde la Comisión Europea a las autoridades nacionales. Como regla general se ha considerado que la Comisión Europea se hará cargo sólo de aquellos expedientes que afecten a más de tres Estados miembros; en el resto de casos, habrán de ser las autoridades nacionales las que, coordinadamente, instruirán y resolverán los correspondientes expedientes.

Para el buen funcionamiento de este nuevo sistema se ha diseñado un conjunto de directrices encaminadas a fortalecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades de distintos Estados miembros, y entre éstas y la propia Comisión Europea, así como para la asignación de casos.

El primer efecto de esta reforma es que permitirá a la Comisión Europea centrar su actividad en aquellas conductas más graves y con consecuencias más dañinas. Esta primera lectura implica un reconocimiento de la madurez alcanzada por las autoridades de los Estados miembros durante los últimos años que les permitirá afrontar con garantías la mayor carga de trabajo derivada del nuevo sistema de reparto de expedientes a nivel comunitario.

Al mismo tiempo, el tratamiento de algunos aspectos claves en este nuevo marco de profundización de la colaboración y cooperación internacional, como la información confidencial o la clemencia otorgada a empresas que denuncian y aportan pruebas sobre la existencia de cárteles,

plantea un nuevo debate respecto a la búsqueda de una mayor homogeneidad institucional entre las autoridades de los Estados miembros.

La coexistencia de diferentes esquemas institucionales en la Unión Europea supone un obstáculo añadido a la ya compleja estructura de coordinación entre autoridades nacionales prevista por el Reglamento 1/2003 y las Comunicaciones que completan el paquete de modernización.

Estas dificultades han salido a la luz en las múltiples reuniones celebradas por la *European Competition Network*, la red que agrupa a las autoridades nacionales de los Estados miembros y a la Comisión Europea, relativas a la fijación de los detalles de estos sistemas de coordinación.

Por último, la cuarta novedad importante incluida en el Reglamento es la relativa a los mayores poderes de investigación y sanción que tendrá la Comisión Europea en el proceso de instrucción de los expedientes por infracción de los arts. 81 y 82 del Tratado.

Además de estos mayores poderes, el nuevo Reglamento y las Comunicaciones que lo desarrollan establecen un sistema de apoyos a la Comisión durante estas investigaciones por parte de las autoridades nacionales que buscan hacer más eficiente la lucha contra los cárteles a nivel europeo.

Estos nuevos poderes de investigación se enmarcan dentro de la línea de fortalecimiento de los instrumentos para luchar con mayor eficacia contra una de las conductas más dañinas para el funcionamiento competitivo de los mercados y, en general, el bienestar de la sociedad como son los cárteles.

Es indudable que el uso de estos mayores poderes de investigación no debe hacerse a costa de vulnerar principios jurídicos básicos de nuestros Estados de Derecho, pero considero que el Reglamento y las Comunicaciones correspondientes toman las precauciones necesarias para respetar adecuadamente esos principios.

En fin, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 supone, probablemente, el reto de mayor calado que ha afrontado el modelo comunitario de defensa de la competencia desde su creación. Este reto exige que las autoridades especializadas de los Estados miembros, la Comisión Europea y los jueces nacionales estrechemos aún más nuestros lazos de coordinación y colaboración.

No obstante, no sólo estas instituciones deberán saber adaptarse a las nuevas demandas del Reglamento, sino que las empresas habrán también de ser conscientes de las implicaciones que, en su modo de proceder, tendrá el nuevo modelo de aplicación del apartado tercero del art. 81 del Tratado.

El nuevo Reglamento implica un paso trascendental en la consolidación del sistema europeo de defensa de la competencia; respetuoso con la independencia de cada autoridad nacional pero, al mismo tiempo,

integracionista, homogéneo y buen reflejo de la nueva realidad política, económica e institucional de la Unión Europea.

Todo ello obliga a las autoridades de cada Estado miembro a reflexionar con responsabilidad sobre posibles reformas en los respectivos modelos nacionales en aras a lograr un sistema que facilite la plena efectividad del nuevo paquete de modernización en beneficio del sistema europeo de defensa de la competencia.

## B. EL REGLAMENTO 139/2004

Aunque formalmente no integra el paquete de modernización, el mismo día 1 de mayo entró en vigor un nuevo Reglamento de concentraciones, el 139/2004, que sustituye al Reglamento 4064/1989, que implica también una modificación de gran calado en la aplicación de la defensa de la competencia en la Unión Europea.

Este Reglamento forma parte, además, de un proceso de profunda revisión del modelo organizativo interno practicado hasta ahora por la Comisión Europea que incluye, entre otros, el nombramiento de un Economista Jefe, la creación de un Comité de revisión interno en la Dirección General de Competencia para las concentraciones que pasan a la segunda fase y la remodelación de la unidad de control de concentraciones, la *Merger Task Force*.

A estos cambios organizativos se unen la publicación de nuevas directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales así como un Código de Buenas Prácticas encaminados a dotar de mayor transparencia y predecibilidad a las actuaciones de la Comisión Europea en esta materia.

Más allá de cuáles sean las razones que han llevado a la Comisión Europea a emprender esta reforma del sistema de control de concentraciones, creo que, en primer lugar, se pone de manifiesto su disponibilidad a adaptarse a las características del funcionamiento de los mercados buscando dotar a sus actuaciones de una mayor agilidad y eficacia.

Asimismo, al igual que ocurrió en el caso del Reglamento 1/2003, también el proceso de elaboración del nuevo Reglamento de concentraciones ha buscado recopilar sugerencias y opiniones de todos los agentes involucrados a través de la publicación de un Libro Verde que fue objeto de consulta y debate durante más de tres meses.

El resultado final probablemente no satisfaga a todos pero la Comisión Europea ha hecho un esfuerzo por incluir, en la medida de lo posible, las preocupaciones que han surgido a lo largo de este proceso de consultas.

Por otro lado, a la hora de analizar el nuevo Reglamento comunitario de concentraciones no debemos olvidar que el anterior ha jugado un papel determinante en la estabilidad del modelo europeo de defensa de la com-

petencia y ha sido capaz de afrontar con éxito el análisis de un elevado número de operaciones (casi 2.500) en un entorno caracterizado por la reestructuración empresarial en numerosos sectores de la economía europea durante la última década.

Creo que ese modelo merece una valoración global positiva, sobre todo por la agilidad del procedimiento y la disponibilidad de la Comisión a dialogar con las empresas afectadas en la búsqueda de soluciones satisfactorias para todas las partes.

Los tres recursos estimados por el Tribunal de Primera Instancia en el año 2002 contra decisiones de la Comisión Europea no deben empañar lo que considero ha sido una extraordinaria trayectoria a nivel global. De hecho, a pesar de que en numerosas ocasiones se han pretendido identificar estas derrotas judiciales como el detonante de la reforma del sistema, la realidad indica que el proceso se había iniciado con anterioridad: el Libro Verde se publicó el 11 de diciembre de 2001.

No obstante, es lógico pensar que estas decisiones judiciales han influido en algunas de las posiciones adoptadas finalmente, en especial, en lo relativo al cambio del criterio de prohibición y a dotar de mayor contenido económico a las decisiones adoptadas por la Comisión.

Sin embargo, desde mi punto de vista, las razones principales que impulsaron el proceso de reformas no se diferencian sustancialmente de las ya señaladas para el caso del Reglamento 1/2003: la madurez de las autoridades administrativas nacionales, la consolidación del mercado único europeo y la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados.

Desde mi punto de vista, es la suma de estos motivos lo que llevó a la Comisión a emprender el proceso de reformas que se ha extendido también a la publicación de Comunicaciones clarificadoras de su posición respecto a determinados tipos de concentraciones y a la reestructuración interna de los servicios de la Dirección General de Competencia encargados de analizar estas operaciones.

Respecto al contenido procesal de la reforma, considero que los cambios más importantes se refieren al nuevo sistema de prenotificaciones y al mecanismo de envíos y remisiones de operaciones de los Estados miembros a la Comisión y viceversa.

Este último aspecto es uno de los que mayores debilidades había mostrado en el sistema anterior y, previsiblemente con la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados, esta debilidad se vería acrecentada.

La reforma persigue fortalecer la seguridad jurídica y la eficiencia de los mecanismos de remisión frente a la crítica de falta de claridad del sistema anterior.

Aún es pronto para evaluar los resultados del texto finalmente aprobado pero, en principio, el modelo previsto por los apartados 4 y 5 del art. 4 del nuevo Reglamento para la remisión previa a la notificación

de las operaciones desde la Comisión a los Estados miembros y viceversa parece dotar de mayor agilidad al sistema, lo que debería redundar en beneficio de la actividad empresarial.

El nuevo Reglamento también contiene un esfuerzo por aclarar los mecanismos de remisión posteriores a la notificación, incluidos en los arts. 9 y 22, lo que se conoce como las cláusulas holandesa y alemana, aunque quizá podría haberse avanzado más teniendo en cuenta que se trata de uno de los aspectos de la normativa que mayores ineficiencias ha mostrado en el pasado.

En todo caso, este intento por dotar de mayor agilidad y claridad al nuevo sistema de remisiones puede redundar en beneficio de la seguridad jurídica que es una variable clave en la toma de este tipo de decisiones empresariales. Podríamos discutir sobre si la agilidad y la claridad deberían haber sido mayores, pero parece indudable que el modelo incluido en el nuevo Reglamento mejora el sistema anterior.

En el plano sustantivo el cambio más importante se refiere a la modificación del criterio de prohibición, que pasa a ser un híbrido entre el criterio anterior de creación o reforzamiento de una posición de dominio y el de daño sustancial a la competencia.

Desde el punto de vista español, el nuevo criterio de prohibición a nivel comunitario supone un acercamiento hacia el que impera en nuestro sistema, lo que implica que la legislación española gana en homogeneidad respecto al modelo comunitario.

Por lo que se refiere al impacto que este nuevo criterio de prohibición habrá de tener en el análisis de las concentraciones y en el número de operaciones que serán prohibidas por la Comisión, es pronto para establecer conclusiones válidas. Todo dependerá del uso que la Comisión haga del mismo aunque, *a priori*, parece tener un contenido teórico menos estructural que el de la posición de dominio y más adaptable a la dinámica que caracteriza los mercados con estructuras oligopólicas.

Al mismo tiempo, al mantener «la creación o reforzamiento de una posición de dominio» como parte del nuevo criterio de prohibición se mantiene la validez de la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios acumulada durante estos años.

Por último, el nuevo Reglamento de concentraciones, al igual que hace el Reglamento 1/2003, contempla mayores poderes de inspección para la Comisión. En este sentido, reitero lo señalado anteriormente: estos mayores poderes de inspección son congruentes con las crecientes dificultades que encontramos las autoridades administrativas para evaluar este tipo de operaciones, pero deben, al mismo tiempo, respetar principios básicos de nuestro Estado de Derecho.

#### 4. UNA LUCHA MÁS EFICAZ CONTRA LOS CÁRTELES: ¿LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA COMO RESPUESTA?

A lo largo del apartado segundo de este artículo hacíamos un balance positivo del papel que el modelo español de defensa de la competencia ha jugado en la modernización de nuestra economía de mercado durante las últimas dos décadas.

No obstante, este merecido calificativo a nivel global no es óbice para que también tenga cabida un ejercicio de autocrítica del que se extraigan conclusiones menos optimistas, como es la debilidad mostrada por nuestro sistema de defensa de la competencia en la lucha contra los cárteles más dañinos que, en inglés, se conocen como *hardcore cartels*.

Desde 1989 el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto alrededor de cincuenta expedientes relacionados con acuerdos horizontales prohibidos por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En principio esta cifra no muestra una debilidad especial si tenemos en cuenta el tamaño de nuestro mercado en relación con el de otros países europeos.

Sin embargo, si profundizamos en el análisis, comprobaremos que son muy pocos los expedientes relacionados con *hardcore cartels* en sectores de relevancia para el conjunto de la economía y de un ámbito geográfico nacional.

La mayoría de expedientes se refieren a conductas localizadas en un determinado ámbito geográfico, como es el caso de las Resoluciones de 19 de diciembre de 2001 relativa al Expediente 506/00, Transporte Mercancía Vizcaya, en la que el Tribunal impuso multas que totalizaron casi 1,3 millones de euros a un grupo de empresas de transporte ubicadas en el puerto de Bilbao por la fijación de precios y condiciones comerciales homogéneas; de 4 de junio de 2001 relativa al Expediente 492/00, Hormigón Gerona, en la que el Tribunal multó con 450.000 euros a un grupo de empresas fabricantes de hormigón que homogeneizaron sus políticas de precios para la zona de Gerona, o de 31 de octubre de 2000 relativa al Expediente 475/99, Prensa Vizcaya, en la que se sancionó a la Asociación Provincial de Editores y Distribuidores de Prensa y Publicaciones de Vizcaya con una multa de 150.253 euros por adoptar acuerdos anti-competitivos tendentes a controlar el mercado minorista de venta de prensa diaria en Vizcaya.

Muchos otros expedientes son de menor dimensión o de un ámbito geográfico aún más limitado como las Resoluciones de 4 de marzo de 2003 (Expediente 532/02, Autoescuelas Coslada), de 21 de septiembre de 2000 (Expediente 474/99, Lonja Pescado Vigo), de 23 de mayo de 2000 (Expediente 462/99, Autoescuelas Tenerife), de 9 de marzo de 2000 (Expediente 461/99, Autoescuelas Alcalá), de 23 de noviembre de 1999 (Expediente 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos),

de 29 de diciembre de 1998 (Expediente 422/98, Arquitectos Andalucía) o de 14 de abril de 1998 (Expediente 374/96, Aparejadores Valencia y Alicante).

En otros casos, se trata de recomendaciones colectivas para la fijación de precios o condiciones comerciales iguales emanadas de acuerdos tomados en el marco de una asociación empresarial, como, por ejemplo, las Resoluciones de 1 de diciembre de 2000 (Expediente 479/99, UNESPA), en la que se sancionó a la Unión Española de Entidades Aseguradoras con una multa de 480.809 euros por adoptar una recomendación colectiva de subida de la prima del seguro de automóvil dirigida a todas las empresas que formaban parte de la Asociación, o de 3 de junio de 1997 (Expediente 352/94, Industrias lácteas), en la que el Tribunal sancionó con multas globales de 7,1 millones de euros a un grupo de empresas fabricantes de productos lácteos por adoptar una política común de precios a través de una recomendación colectiva hecha desde la Federación Nacional de Industrias Lácteas.

Existen también expedientes que se refieren a acuerdos entre competidores para presentar ofertas homogéneas a concursos públicos como las Resoluciones de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99, Agencias de Viaje), en la que el Tribunal impuso sanciones que totalizaron 4,5 millones de euros a un grupo de agencias de viaje que habían acordado presentar ofertas iguales a un concurso del INSERSO; o de 30 de septiembre de 1998 (Expediente 395/97, Vacunas antigripales), en la que el Tribunal impuso sanciones por un monto total de 722.266 euros a un grupo de empresas fabricantes de vacunas antigripales por acordar la fijación de los mismos precios en sus ofertas a un concurso convocado por el Sistema Andaluz de Salud. En la misma línea se encuentran Resoluciones relativas a conductas colusorias puntuales como la de 29 de noviembre de 1999 (Expediente 432/98, Líneas Aéreas), en la que se sancionó a un grupo de líneas aéreas con una multa global de 841.416 euros por la suscripción de Acuerdos Interlínea restrictivos de la competencia.

Se trata, indudablemente, de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y que, por tanto, deben ser sancionadas. Sin embargo, los efectos de la presentación de ofertas iguales a concursos públicos por parte de un grupo de empresas competidoras, la suscripción puntual de Acuerdos Interlínea anticompetitivos por parte de líneas aéreas o las recomendaciones colectivas en el marco de asociaciones empresariales o colegios profesionales siendo graves no lo son tanto, para el funcionamiento competitivo de los mercados, como los derivados de los *hardcore cartels*, no limitados a un determinado concurso o actividad, que afectan a las actuaciones comerciales claves de las empresas implicadas y cuyos efectos se extienden a un área geográfica amplia y un período prolongado de tiempo.

Éstos son los acuerdos colusorios que la teoría económica reiteradamente ha venido reconociendo como los más dañinos para el funcionamiento competitivo de los mercados y, por ende, para el conjunto de

la sociedad. Buena muestra de ello es el reconocimiento que la OCDE incluye en su documento *Effective Action Against Hard Core Cartels* de 1998 en el que se señala que

*«los hardcore cartels son la más egregia violación de la normativa de competencia y perjudican a los consumidores en muchos países incrementando precios y restringiendo la oferta, por tanto, impidiendo el acceso a los bienes y servicios a algunos compradores y encareciéndolos innecesariamente para el resto».*

Y es en la persecución de este tipo de conductas donde el sistema español de defensa de la competencia ha mostrado mayor debilidad. Son muy pocos los ejemplos de expedientes sancionadores relativos a estos *hardcore cartels* que el Tribunal ha resuelto en los últimos quince años.

Entre estos escasos ejemplos encontramos las Resoluciones de 15 de abril de 1999 (Expediente 426/98, Azúcar), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas azucareras con multas globales de casi 8,8 millones de euros por concertar el precio de venta del azúcar para usos industriales; de 11 de diciembre de 1998 (Expediente 409/97, Sandoz), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas fabricantes de productos dietéticos con multas globales de 751.866 euros por la fijación coordinada de los precios de venta al público de alimentos dietéticos infantiles, o de 10 de junio de 1997 (Expediente 370/96, Desmotadoras de algodón), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas desmotadoras de algodón con multas globales de más de un millón de euros por acordar precios.

Además, esta escasez de resoluciones relevantes relativas a *hardcore cartels* en nuestro país contrasta con los expedientes sobre conductas abusivas de posiciones de dominio que se han extendido a sectores de gran trascendencia para el conjunto de la economía como son telecomunicaciones, energía, transporte, servicios postales, distribución comercial, ocio o seguros. En una etapa de liberalización y privatización de empresas públicas en algunos de estos sectores, la actuación de las autoridades españolas de defensa de la competencia frente a los abusos de posición de dominio que pudieran evitar la entrada de nuevos competidores o dañar la estructura competitiva del mercado correspondiente ha sido prolija y ha coadyuvado a la transición de estructuras de mercado basadas en monopolios públicos a otras basadas en las reglas de la libre competencia. Es conocida por todos la relevancia de, entre otras, Resoluciones del Tribunal como las 536/02 (IFCC/Correos), 518/01 (Internautas/Telefónica), 514/01 (Iberia), 513/01 (Tubogas/Repsol) o 482/00 (Gas Natural Castilla-León) para el proceso de liberalización de sectores caracterizados hasta hace pocos años por monopolios públicos.

Llegados a este punto cabe preguntarse por una razón válida que explique la diferencia de eficacia mostrada por nuestro sistema en la lucha contra los *hardcore cartels* frente a los abusos de posición de dominio. Probablemente, no hay una única explicación pero no cabe duda de que



las características propias de cada tipo de conducta determinan el mayor o menor éxito de las autoridades administrativas en su persecución.

Es habitual que la complejidad mayor de los expedientes relacionados con casos de abusos de posición de dominio se refiera a la calificación jurídica de los hechos. En este tipo de casos el acceso a documentación y pruebas que verifiquen los hechos denunciados no suele ser un problema importante para la labor del Servicio de Defensa de la Competencia.

La dificultad en la evaluación de este tipo de expedientes suele girar alrededor de la correcta delimitación de conceptos jurídicos importantes como la definición del mercado relevante, la existencia o no de posición de dominio o el carácter abusivo de la conducta enjuiciada. Los hechos suelen ser aceptados por las partes, produciéndose el contraste de impresiones respecto a su calificación jurídica.

En el caso de los cárteles ocurre lo contrario. La dificultad de este tipo de expedientes no suele girar en torno a la calificación jurídica de las conductas sino a la existencia o no de documentación acreditativa de los hechos denunciados. En estos casos las empresas que han llevado a cabo la conducta colusoria son normalmente conscientes de su carácter ilegal por lo que suelen adoptar medidas de prevención para la eliminación de pruebas y documentación comprometida.

Esta circunstancia provoca que la investigación del Servicio de Defensa de la Competencia sea a menudo extraordinariamente compleja y, en muchas ocasiones, resulte incapaz de recabar las pruebas necesarias para demostrar la existencia de infracción. Si a ello añadimos la escasez de medios disponibles por el Servicio para llevar a cabo este tipo de investigaciones, estaremos muy cerca de encontrar la explicación al contraste de eficacia mostrada por el modelo español de defensa de la competencia en su lucha contra los *hardcore cartels* respecto a los abusos de posición de dominio.

¿Qué podría hacerse para solucionar esta situación? Por supuesto, dotar de mayores medios al Servicio de Defensa de la Competencia, pero me temo que esto no sería suficiente. Hay que disponer de nuevos instrumentos y, entre éstos, merecen una especial atención los programas de clemencia debido a los excelentes resultados que están ofreciendo en aquellos países donde ya se están aplicando.

Los programas de clemencia, según los cuales la empresa que denuncia la existencia de un cártel en el que ella misma haya participado y aporte pruebas concluyentes a la autoridad instructora se podrá beneficiar de una reducción e, incluso, exención de la sanción que la autoridad competente imponga en el expediente correspondiente, están ya presentes en la jurisdicción comunitaria, en Estados Unidos y en algunos sistemas nacionales de la Unión Europea como los de Inglaterra o Francia.

La Comisión Europea publicó el pasado 19 de febrero de 2002 una Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción

de su importe en casos de cártel en la que se establece la filosofía que subyace a este tipo de programas y los procedimientos para que las empresas se beneficien de ellos.

Esta Comunicación sustituye a otra de similares características de 1996 que contenía algunas lagunas e incertidumbres que limitaron los efectos positivos de este instrumento, al no ser percibida por las empresas como suficientemente clara y atractiva, y que hicieron ineficaz su aplicación.

Es en el apartado cuarto de la introducción de la Comunicación de 2002 donde se sientan los principios pragmáticos que explican la puesta en marcha de este tipo de programas:

*«La Comisión considera que es redundante en el interés de la Comunidad conceder un trato favorable a las empresas que cooperen con ella. Para los consumidores y ciudadanos prima el interés por que se descubran y prohíban los cárteles secretos sobre el interés en que se multe a las empresas cuya colaboración haya permitido a la Comisión detectar y prohibir tales prácticas».*

El éxito de este instrumento de la Comisión Europea en la lucha contra los cárteles desde la publicación de la Comunicación de 2002 es indudable: alrededor del 80 por 100 de los cárteles que la Comisión sanciona actualmente tienen su origen en la cooperación de una empresa que decide acogerse a este tipo de programas.

De hecho, en los últimos años este instrumento está permitiendo a la Comisión Europea detectar cárteles muy dañinos para los consumidores europeos en sectores como la banca, los seguros, los productos químicos o los productos farmacéuticos.

Esta efectividad provoca que en numerosos foros se destaque la lucha contra los cárteles como uno de los estándares más exitosos del modelo comunitario de defensa de la competencia.

El sistema español de defensa de la competencia no puede permitirse mantener más tiempo su debilidad en la lucha eficaz contra los cárteles. Por ello, creo que es necesario hacer una profunda reflexión sobre la posibilidad de introducir programas de clemencia en nuestro modelo.

Es indudable que la introducción de este tipo de instrumentos no está exenta de obstáculos. En primer lugar, el modelo institucional español, en el que la instrucción de los expedientes sancionadores es responsabilidad del Servicio de Defensa de la Competencia mientras que su resolución recae en el Tribunal, conlleva una dificultad adicional.

Esta situación no se produce en el caso de la Comisión Europea dado que el órgano que resuelve y, en su caso, decide las sanciones a imponer es el mismo que instruye los expedientes.

En nuestro país, con el actual sistema, la institución que se beneficiaría de la aportación documental y probatoria de la empresa cooperante sería el Servicio de Defensa de la Competencia, mientras que la inmunidad

sancionadora habría de ser concedida por el Tribunal. En cualquier caso, no es una dificultad insalvable; más aún teniendo en cuenta los beneficios para el sistema que se derivan de la aplicación de estos programas.

Se han apuntado algunos obstáculos adicionales para la implantación en España de este tipo de prácticas. En algunos casos se señala la difícil cabida que encuentran estos programas en el marco constitucional y, en especial, en sus arts. 9 o 14 en lo relativo al principio de «igualdad ante la ley».

Sin ánimo de minimizar este hipotético obstáculo, no debemos olvidar que programas similares a los de clemencia ya existen en nuestro país, por ejemplo, en la lucha antiterrorista. De la misma forma, la igualdad ante la Ley no es un principio exclusivo de nuestro Estado de Derecho, sino que también se recoge en las normas supremas de países, como Francia o Estados Unidos, que cuentan con programas de clemencia en la lucha contra los cárteles.

Otro obstáculo señalado con frecuencia es el que se refiere a los efectos civiles del beneficio a la exención de sanciones otorgado a la empresa cooperante por la autoridad de defensa de la competencia.

El apartado 2 del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia señala:

*«Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley».*

De ahí se deriva que, una vez que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicta una resolución declarando que un determinado acuerdo supone una infracción del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ese acuerdo pasa a ser nulo de pleno derecho. Esa nulidad puede ser aducida en un procedimiento civil para solicitar indemnizaciones por daños y perjuicios.

En este punto es donde se señalan obstáculos adicionales para la introducción de programas de clemencia en nuestro sistema, puesto que habrá que determinar en qué medida el beneficio de dispensa de sanciones extendido por una autoridad administrativa como el Tribunal de Defensa de la Competencia a una empresa cooperante en la investigación tiene efectos en el ámbito civil.

Si no se arbitra un sistema de extensión de los efectos de los programas de clemencia a la jurisdicción civil, los incentivos de las empresas para cooperar con las autoridades administrativas se reducirán notablemente, puesto que si bien se verán dispensadas de las sanciones administrativas no lo estarán de las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios en la vía civil.

Estoy seguro que no se trata de obstáculos menores pero, en cualquier caso, debemos ser conscientes de que no podemos mantener un sistema

moderno de defensa de la competencia si no logramos paliar las debilidades observadas en la lucha contra los cárteles que, como señala acertadamente el apartado segundo de la Comunicación de 2002, son una de las prácticas anticompetitivas más dañinas, puesto que

*«al limitar de forma artificial la competencia que de otro modo existiría entre las empresas, éstas se sustraen precisamente a aquellas presiones que les impulsan a desarrollar sus productos y a introducir métodos de fabricación más eficaces. Este tipo de prácticas provoca además el encarecimiento de las materias primas y de los componentes que las empresas comunitarias adquieren a los productores. A largo plazo, ocasionan una pérdida de competitividad y reducen las oportunidades de empleo».*

## 5. ¿ES NECESARIA UNA REVISIÓN DEL MODELO INSTITUCIONAL?

La debilidad mostrada en la lucha contra los cárteles probablemente sea la deficiencia más importante de nuestro sistema de defensa de la competencia. Sin embargo, y reiterando una vez más la calificación positiva que debe merecer el papel global que la defensa de la competencia ha jugado en el desarrollo de la economía española en la última década, es indudable que tanto la experiencia acumulada en la aplicación de la Ley de 1989 como la evolución de esta materia a nivel mundial deben hacernos reflexionar acerca de la oportunidad de llevar a cabo una revisión de nuestro modelo institucional.

A nivel internacional se observa recientemente una convergencia de la mayoría de sistemas de los Estados miembros de la Unión Europea hacia un modelo de una sola institución administrativa encargada tanto de la instrucción como de la resolución de los expedientes sancionadores. Actualmente, Alemania, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido y Suecia cuentan con un modelo institucional de defensa de la competencia de estas características. Dentro de los quince antiguos Estados miembros sólo Bélgica, Francia y España permanecen con un modelo basado en dos instituciones.

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 y del resto del paquete de modernización es otro motivo para reflexionar sobre la idoneidad del actual modelo, pues el mismo demanda un fortalecimiento de los mecanismos de cooperación y colaboración entre autoridades nacionales.

### A. IMPLICACIONES DERIVADAS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO 1/2003

Hasta la entrada en vigor de este Reglamento, la convergencia de los sistemas de defensa de la competencia de los Estados miembros se limitaba al plano sustantivo en la medida que las legislaciones nacionales

asumían de forma mimética las prohibiciones incluidas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE. En el ámbito de los procedimientos o los modelos institucionales, esta convergencia no se planteaba dado que los mecanismos de cooperación y colaboración entre autoridades nacionales eran muy escasos.

Sin embargo, a partir del pasado 1 de mayo se ha producido una descentralización muy importante de la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE en los Estados miembros, ya que, a partir de esa fecha, serán competentes para analizar los casos que limiten sus efectos a un máximo de tres países.

Esta descentralización, como señalábamos en el apartado segundo de este artículo, conlleva la necesidad ineludible de fortalecer los mecanismos de coordinación y colaboración entre autoridades nacionales, de lo que se han encargado la Comunicación sobre cooperación en la Red Europea de Competencia y el Manual de procedimiento que la acompaña.

En ellos se establece un complejo sistema que persigue solucionar los asuntos más espinosos del nuevo modelo, entre los que destacan los siguientes:

- Mecanismos para asignación de casos.
- Mecanismos para el desarrollo de las investigaciones conjuntas cuando un caso afecte a más de un Estado miembro.
- Mecanismos para el intercambio de información entre unas autoridades y otras.
- Mecanismos para el tratamiento de la información confidencial cuando se remita documentación de unas autoridades a otras.
- Mecanismos para informar sobre el inicio de investigaciones en un determinado país.
- Mecanismos para informar de los proyectos de decisiones relativos a los arts. 81 y 82 del Tratado CE que vayan a adoptar las autoridades nacionales.
- Mecanismos para presentar observaciones a proyectos de decisiones a adoptar por otras autoridades nacionales.
- Mecanismos para extender los beneficios otorgados por una autoridad nacional a una empresa cooperante en el marco de aplicación de un programa de clemencia.

Es aún pronto para determinar si el sistema previsto en la Comunicación y el Manual de procedimiento correspondiente están funcionando correctamente, pero se puede adelantar una primera conclusión: el proceso de descentralización inherente a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 lleva implícito la necesidad de una mayor coordinación entre autoridades nacionales. Para ello, la disposición de modelos institucionales similares en todos los Estados miembros y, en particular, modelos basados en una única autoridad es una ventaja tangible para agilizar estas relaciones.

Bajo un sistema como el actual, a modo de ejemplo, la cooperación entre las autoridades británicas y españolas de defensa de la competencia con modelos institucionales distintos plantea algunas cuestiones cuya respuesta es incierta:

— ¿Qué autoridad española debe reconocer el tratamiento a otorgar a una documentación remitida por la autoridad británica y considerada por ésta como confidencial?

— ¿Qué autoridad española debe decidir sobre la validez en España de los beneficios otorgados por la autoridad británica a una empresa cooperante en el marco de aplicación de un programa de clemencia?

— En el caso de investigaciones llevadas a cabo por varias autoridades nacionales, ¿qué tratamiento debe darse a los recursos planteados ante el Tribunal de Defensa de la Competencia contra acuerdos del Servicio?

— En este mismo sentido, ¿sería recurrible ante el Tribunal una decisión del Servicio por la que se asigne un caso con efectos en el mercado español a una autoridad de otro Estado miembro?

En fin, éstos no son más que algunos ejemplos pero que sirven para dar buena muestra del número de cuestiones que permanecen abiertas.

## B. REFLEXIONES DERIVADAS DE LA EXPERIENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 1989

No obstante, no es sólo la realidad derivada de la entrada en vigor de este paquete de modernización la que invita a proceder a un examen crítico del modelo institucional español que pudiera concluir en la necesidad de su revisión, la experiencia acumulada en estos últimos quince años también nos ofrece algunas enseñanzas interesantes a este respecto.

El legislador español ha hecho un esfuerzo importante en estos últimos años por reducir los plazos de instrucción y resolución de los expedientes sancionadores. En un principio, la Ley no preveía plazos para estas fases del procedimiento; posteriormente, se introdujo un plazo de dieciocho meses para cada una de ellas, y, finalmente, este plazo se ha reducido a doce meses.

Se trata de un avance muy importante en muy poco espacio de tiempo. Sin embargo, la realidad del funcionamiento de los mercados pone de manifiesto que los dos años que demora en resolverse un expediente sancionador en la vía administrativa pueden resultar un plazo de tiempo excesivamente largo para que la decisión adoptada en relación con determinadas conductas tenga efectos reales en el funcionamiento competitivo de los mercados.

Me refiero, por ejemplo, a los abusos de posición de dominio en sectores recientemente liberalizados. La estructura habitual de este tipo de mercados suele caracterizarse por una gran asimetría entre el antiguo monopolio público y el resto de competidores; que, si la liberalización

tiene éxito, habrá de ir corrigiéndose con el paso del tiempo. Esta situación conlleva en ocasiones que la empresa dominante sea, al mismo tiempo, la propietaria de infraestructuras esenciales para el desarrollo de la actividad correspondiente.

Estas características implican que las prácticas abusivas llevadas a cabo por las empresas dominantes en este tipo de sectores tengan efectos muy dañinos en la estructura competitiva de estos mercados y, en particular, en el proceso de avance hacia la liberalización plena.

Las autoridades de defensa de la competencia deben tener capacidad para actuar de una manera ágil ante este tipo de situaciones y lograr el restablecimiento de las condiciones de competencia en el tiempo más corto posible respetando las garantías jurídicas propias del procedimiento sancionador.

Los dos años que, actualmente, contempla la Ley española para la instrucción y resolución de expedientes sancionadores en la vía administrativa son un plazo que, desde esta perspectiva, puede considerarse excesivamente largo. De hecho, encontramos referencias cercanas que reafirman esta percepción. La legislación italiana, por ejemplo, fija un plazo máximo de seis meses para que la autoridad de competencia de este país instruya y resuelva expedientes relativos a abusos de posición de dominio.

Llegados a este punto, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿podrían reducirse los plazos de instrucción y resolución de expedientes sancionadores en vía administrativa en el modelo español? Desde mi punto de vista, la respuesta debe ser afirmativa.

Y es así porque la principal explicación de la excesiva duración de estos plazos se deriva del esquema institucional de nuestro sistema. La separación institucional de las fases de instrucción y resolución de los expedientes sancionadores provoca que, en buena medida, algunas partes del procedimiento se dupliquen.

A modo de ejemplo, en el modelo español una vez que el Tribunal ha recibido el informe-propuesta del Servicio se pone de nuevo el expediente de manifiesto a las partes para que soliciten la celebración de vista o propongan nuevas pruebas. Tras la celebración de la vista o la práctica de cuantas pruebas el Tribunal estime procedentes se vuelve a dar intervención a los interesados para que presenten sus conclusiones.

Si tenemos en cuenta que los interesados ya han tenido diversas oportunidades de presentar sus alegaciones y proponer pruebas en la fase de instrucción ante el Servicio, incluso al Pliego de Concreción de Hechos, estas nuevas posibilidades que se abren en la fase del procedimiento ante el Tribunal pueden considerarse como una duplicación de actuaciones que, en la mayoría de las ocasiones, no implica la aportación de nuevos aspectos importantes para la resolución de los expedientes.

Esta duplicidad de actuaciones en el procedimiento sancionador no se produce en aquellos modelos basados en una única institución que instruye y resuelve, con las debidas garantías para las partes, los expedientes, lo que permite reducir notablemente los plazos correspondientes.

En el afán por dotar de mayor agilidad al sistema español de defensa de la competencia también sería conveniente que se estudiaran vías para reducir los plazos de resolución de los recursos presentados contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en vía judicial.

En estos momentos los recursos contencioso-administrativos presentados ante la Audiencia Nacional contra sus resoluciones tardan un promedio de tres años en resolverse. En el caso de los recursos de casación ante el Tribunal Supremo el promedio se eleva hasta los cinco años. Estos plazos significan que, desde que un expediente es iniciado en el Servicio de Defensa de la Competencia hasta que el Tribunal Supremo dicta sentencia relativa al recurso de casación correspondiente y, por tanto, se considera que la resolución es firme, pueden transcurrir alrededor de diez años.

La experiencia italiana también ofrece iniciativas de interés en este terreno con la especialización de una sección del Tribunal Administrativo del Lazio (con competencias similares en esta materia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestra Audiencia Nacional) en la revisión de las actuaciones de los organismos reguladores y la autoridad de defensa de la competencia o la aprobación de un procedimiento especial para este tipo de recursos que supone que *de facto* se estén resolviendo en un plazo promedio inferior a un año.

Otro de los beneficios derivados de la creación de una única autoridad administrativa independiente responsable de la instrucción y la resolución de los expedientes sancionadores sería la reducción del intervencionismo político del actual modelo español de defensa de la competencia.

El hecho de que tanto la recepción de denuncias como la apertura de oficio de expedientes sancionadores se realizara por un órgano independiente y que en el mismo se notificaran todas las operaciones de concentración que cumplieran los requisitos establecidos por la Ley, reduciéndose la presencia del Gobierno a casos excepcionales y tasados previamente con el máximo detalle, reforzaría realmente la eficacia y credibilidad del sistema. Sin duda, éste sería otro motivo destacado para considerar la creación de una autoridad única de defensa de la competencia en nuestro país.

Por último, también creo que la creación de una autoridad administrativa única conllevaría beneficios importantes a la hora de permitir revitalizar la actividad consultiva del Tribunal.

Durante buena parte de los años noventa, la labor del Tribunal en la elaboración de informes y en las actuaciones de difusión y promoción de la competencia en la actividad económica fue muy relevante y reco-



nocida por el conjunto de la sociedad. Esta labor se ha reducido en los últimos años por dos razones: el incremento de la carga de trabajo derivado del mayor número de expedientes a resolver y la escasa disponibilidad de medios para llevar a cabo esta labor.

En el momento actual de la economía española es imprescindible revitalizar esta actividad del Tribunal en beneficio del papel que la defensa de la competencia debe jugar en el mantenimiento de estructuras competitivas de mercado. Una reforma institucional que creara una única autoridad administrativa generaría sinergias y economías de escala que liberarían medios y recursos para reactivar estas actuaciones. De la misma forma, la nueva autoridad, al ser responsable de la instrucción de los expedientes sancionadores, tendría un conocimiento más cercano del funcionamiento de los mercados, muy positivo para la elaboración de este tipo de informes.

En línea con esta faceta consultiva de la autoridad de competencia sería oportuno recuperar la facultad que el Tribunal tenía hasta 1999 de informar los anteproyectos de normas con rango de ley que afecten a la competencia. Asimismo, también sería positivo informar con regularidad al Congreso de los Diputados de su actividad y de la situación de la competencia en los mercados.

En fin, existen motivos suficientes, tanto derivados de la evolución y los retos internacionales como de la experiencia interna de aplicación de la Ley de 1989, que nos invitan a reflexionar profundamente acerca de la necesidad de modificar el esquema institucional del sistema español de defensa de la competencia.

Esta modificación podrá materializarse de muchas formas, pero considero que, en todo caso, deben perseguirse como piedras angulares del nuevo modelo: la independencia, la credibilidad, la eficacia y la transparencia. De esta forma se logrará que la defensa de la competencia en España siga evolucionando y cumpliendo con eficiencia sus objetivos y razón de ser y, por ende, generando beneficios para el conjunto de la sociedad.

## 6. CONCLUSIONES

La defensa de la competencia ha logrado alcanzar en la actualidad un elevado nivel de madurez en nuestro país. Los agentes económicos, los medios de comunicación y, en general, el conjunto de la sociedad no dudan en reconocer el trascendente papel que la defensa de la competencia debe jugar para lograr estructuras de mercado que garanticen el funcionamiento eficiente de nuestra economía del que se deriven beneficios para los consumidores y empresas en forma de mayor competitividad y bienestar.

El modelo español de defensa de la competencia es perfectamente homologable con los sistemas de los países más desarrollados del mundo

y, en particular, con los de nuestros socios europeos y, al igual que en estos países, ha desempeñado una labor trascendental en una etapa histórica marcada por la liberalización y desregulación.

Sin embargo, este balance global positivo no debe ser obstáculo para que realicemos una reflexión meditada sobre los retos presentes y futuros de la defensa de la competencia a nivel nacional y mundial y sobre las experiencias extraídas tras quince años de aplicación de la Ley de 1989.

Esta reflexión debe plantear de forma abierta y transparente la posible revisión del esquema institucional de nuestro modelo valorando adecuadamente sus ventajas y desventajas en relación con el resto de opciones contrastadas a nivel internacional. Independientemente del resultado de esta reflexión, si decide emprenderse una reforma, ésta debería afrontarse desde una perspectiva global e integral dando acceso a todos los agentes afectados.

De esta forma se lograría garantizar que el texto de la Ley finalmente aprobado habría sido sometido de forma transparente al contraste y debate adecuado para una materia de la trascendencia que hoy día ostenta la defensa de la competencia. Ello nos permitiría iniciar la nueva etapa con las debidas garantías de estabilidad jurídica e institucional y supondría que el nuevo modelo podría mantenerse y adaptarse a la realidad cambiante de esta materia durante un largo período de tiempo.

# EL REGLAMENTO 139/2004: NOVEDADES SUSTANTIVAS EN EL SISTEMA COMUNITARIO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Nadia CALVIÑO

Directora General de Defensa de la Competencia  
Ministerio de Economía

## 1. INTRODUCCIÓN

Para el conjunto de ciudadanos de la Unión Europea, el 1 de mayo de 2004 pasará a la historia como la fecha en que se produjo la ampliación al este. Con ella, se produce un cambio sustancial en el proyecto europeo; lo que hasta ahora era un bloque económico bastante consolidado se transforma en una ambiciosa apuesta verdaderamente paneuropea con veinticinco socios.

En comparación con la UE actual, cuyos Estados miembros comparten en esencia un mismo modelo económico, uno de los retos principales de esta ampliación es precisamente la asimilación de países con estructuras económicas y políticas desarrolladas sobre bases muy diferentes durante buena parte del siglo xx.

En este contexto, no resulta extraño que la política de competencia sea precisamente uno de los aspectos más ilustrativos de esta diferencia: Mientras que el logro de un marco homogéneo para la competencia entre las empresas (el famoso *level playing field*) es una piedra angular del proyecto europeo desde sus inicios, los nuevos Estados miembros no disponían en el momento de iniciarse su incorporación a la Unión de un marco normativo e institucional de defensa de la competencia; ni siquiera de una cultura favorable al libre juego del mercado.

Así, no es casual que los distintos Tratados de adhesión hayan dedicado un capítulo importante a estos asuntos; de hecho, la incorporación de cada Estado a la UE se ha subordinado a la existencia de un marco normativo e institucional para la defensa de la competencia e incluso a la demostración de que se ha hecho una aplicación adecuada de los principios comunitarios, tanto en el ámbito de la lucha contra las conductas anticompetitivas como en el control de ayudas públicas. En suma,

se ha tratado de lograr que, en el momento de la ampliación, los agentes económicos y políticos de dichos Estados estén acostumbrados a la disciplina derivada de la competencia.

De la misma manera, no es casual que este proceso de ampliación coincida con la entrada en vigor de dos nuevos Reglamentos y de un conjunto de Comunicaciones que, en su conjunto, conforman la denominada “modernización” del Derecho comunitario de competencia.

En efecto, en paralelo con la negociación con los nuevos Estados miembros, en los dos últimos años se ha desarrollado en el seno de la UE un intenso proceso normativo centrado en la revisión en profundidad de los dos grandes pilares de la política de defensa de la competencia: la lucha contra las prácticas restrictivas (lo que se conoce como *antitrust*) y el control de concentraciones.

No cabe duda de que se trata de un proyecto extremadamente oportuno y hasta imprescindible. Por una parte, los Reglamentos principales habían tenido una larga o intensa vida —casi cuarenta años en el caso de conductas— y era conveniente poner al día tanto el procedimiento como algunos elementos sustantivos. Por otra, era preciso adaptar la política de competencia a una Unión con veinticinco Estados miembros, sin que se deba minimizar la importancia de acometer las reformas con un Consejo relativamente manejable de quince miembros con amplia experiencia en temas comunitarios.

En este contexto, la Comisión lanzó en 1999 dos procesos paralelos de reforma que han culminado en el pasado año con las nuevas normas básicas, el Reglamento 1/2003, que ha reformado sustancialmente el marco para luchar contra las conductas anticompetitivas vigente desde 1962<sup>1</sup>, y el Reglamento 139/2004, que ha introducido importantes modificaciones en el sistema de control de las concentraciones de dimensión comunitaria.

Para ilustrar la complejidad de la “modernización” basta considerar el largo plazo que ha consumido la elaboración y discusión de los dos Reglamentos básicos<sup>2</sup>. Es más, tras su aprobación, se ha continuado con el intenso proceso de negociación en el seno del Consejo y de la Comisión para la aprobación de un paquete de normas de desarrollo, entre las que destacan las Comunicaciones de aplicación o interpretación del nuevo régimen.

A pesar de que las reformas de conductas y concentraciones han seguido procesos paralelos, no son comparables en cuanto a su dimensión e implicaciones; en el primer caso cabe hablar de una verdadera «re-

<sup>1</sup> El instrumento normativo esencial en este ámbito era el Reglamento 17/1962, completado por un conjunto de Reglamentos de exención por categorías y Comunicaciones interpretativas.

<sup>2</sup> En 1999 se publicó el Libro Blanco para la modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, la Comisión elevó la propuesta de Reglamento al Consejo para aprobación en septiembre de 2000 y el texto definitivo fue aprobado por el Consejo de Industria el 26 de noviembre de 2002, tras dos años de discusión.

volución», mientras que en el segundo, las novedades han sido más limitadas y no han alterado la esencia del procedimiento.

En efecto, en materia de conductas restrictivas, se han abordado dos cambios sustantivos: la descentralización de las normas del Tratado para reforzar las competencias tanto de las autoridades administrativas como de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el paso a un sistema de autoevaluación por parte de las empresas sobre los posibles efectos anticompetitivos de sus acuerdos. En contraste, la modernización del control de concentraciones no rompe los principios que han guiado el sistema en sus trece años de existencia. No obstante, sí se han realizado cambios destacables tanto en el ámbito sustantivo como en el jurisdiccional y de procedimiento que merecen cierta atención.

Aunque muchas veces se tiende a ignorar o minusvalorar nuestro propio peso en el ámbito comunitario, es importante señalar que España ha tenido un papel protagonista en este proceso. En el ámbito de conductas, es innegable que durante la presidencia española se trabajó mucho y bien para lograr la revisión completa del proyecto de nuevo Reglamento y se logró la aprobación de una Declaración conjunta Consejo-Comisión que determinase los principios de funcionamiento del nuevo sistema, por ejemplo, en el ámbito de los criterios de asignación de casos entre autoridades. Este documento fue sin duda fundamental para permitir la aprobación definitiva del Reglamento 1/2003 por unanimidad durante la presidencia siguiente, en noviembre de 2002, como ha sido reiteradamente señalado por la propia Comisión.

En el ámbito de concentraciones, España ha participado activamente en los trabajos que han desembocado en el Reglamento 139/2004, especialmente a lo largo de las arduas discusiones en el seno del Consejo.

Por todas estas razones, es interesante revisar cuál ha sido el punto de partida y el proceso de elaboración del nuevo Reglamento, cuáles sus principales novedades e implicaciones más previsibles y cuál ha sido la posición de España a lo largo de las discusiones. Ése es el objeto de este artículo.

## 2. LOS ANTECEDENTES: HISTORIA DE UN ÉXITO

### A. EL REGLAMENTO 4064/1989

Existe un acuerdo general sobre el buen funcionamiento del control de concentraciones en el ámbito comunitario durante sus trece años de existencia. También es unánime el reconocimiento de que este éxito se debe en parte al dinamismo y la especialización de la respetada *merger task force*; una especie de microcosmos en medio de la pesada maquinaria comunitaria caracterizado por la agilidad, la flexibilidad y, al mismo tiempo, la firmeza en el análisis de las operaciones.

Pero sin duda nada de ello hubiese sido posible sin contar con un marco normativo como el construido en torno al Reglamento 4064/1989, piedra angular de todo el sistema, cuya principal virtud es probablemente su flexibilidad para responder a las exigencias del análisis caso por caso de las concentraciones.

Aunque pueda resultar extraño desde la perspectiva actual, es importante recordar que el control de concentraciones es un instrumento relativamente joven. De hecho, el Tratado sólo previó desde el principio la lucha contra los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición de dominio (arts. 81 y 82)<sup>3</sup>, sin que se entendiese necesario contar con una norma específica para analizar las concentraciones empresariales.

Hasta 1989, este análisis se encauzó, excepcionalmente, a través del art. 82 del Tratado, entendiendo que la toma de control de una empresa podía suponer un abuso de posición de dominio. Aunque esta interpretación se vio confirmada por el Tribunal de Justicia, resultaba en cierta medida forzada y, sobre todo, insuficiente para realizar una valoración adecuada de las concentraciones de ámbito supranacional que serían cada vez más relevantes en el contexto de creciente integración europea.

Por tanto, resultaba clara la necesidad de contar con un marco jurídico específico orientado al control preventivo de los cambios en la estructura competitiva de los mercados y no basado en la posible sanción *ex post* de concentraciones ya ejecutadas.

En este contexto, en 1989 se diseñó un esquema basado en la competencia exclusiva de la Comisión para analizar operaciones de cierta dimensión, dejando para las autoridades nacionales las que no superasen los umbrales comunitarios, con un procedimiento en dos fases relativamente ágil y transparente.

Prácticamente inalterado desde su aprobación y desarrollado por distintas Comunicaciones interpretativas, el Reglamento 4064/1989 ha dado buena respuesta al entorno necesariamente cambiante del control de las operaciones de concentración, permitiendo el análisis de más de 2.000 casos, tremendamente heterogéneos y de complejidad creciente. Es decir, que ha sido un instrumento lo suficientemente flexible como para sobrevivir en la marea que se ha producido en este tiempo, tanto en el paradigma de teoría económica dominante en cada momento —o la ausencia del mismo— como en la estructura de las empresas y sus procesos de toma de decisiones estratégicas.

## B. LA REFORMA DE 1997

Para ilustrar esta flexibilidad, baste señalar que la única reforma del marco regulatorio, abordada mediante el Reglamento 1310/1997, no

<sup>3</sup> Antiguos arts. 85 y 86 del Tratado CE.

resultó en ningún cambio material del análisis. Tratando sin duda de dar respuesta a la creciente consolidación de los sistemas de control de concentraciones de ámbito nacional y, paralelamente, al creciente número de operaciones de dimensión trasnacional, los cambios se centraron en la cuestión de la jurisdicción comunitaria.

En un primer momento, para tratar de reducir el número de operaciones que deberían ser notificadas en más de tres Estados miembros (“multinotificaciones”), se planteó la conveniencia de reducir los umbrales de volumen de ventas de las partes que determinan la dimensión comunitaria de las concentraciones. Naturalmente, con ello se ampliaba el ámbito de competencia exclusiva de la Comisión, lo que llevó al rechazo de algunos Estados miembros, que temieron ver con ello reducido su margen para ejercer el control sobre concentraciones de cierta envergadura.

También entonces se planteó cambiar el criterio para determinar la dimensión comunitaria de una operación, de forma que ésta fuese automática en aquellas concentraciones que debiesen ser notificadas en al menos tres Estados miembros. Esta posibilidad ha sido planteada de nuevo en 2002, y de nuevo rechazada por numerosas razones que se comentarán más adelante.

Ante la dificultad de lograr un acuerdo, el Reglamento de 1997 finalmente sólo resultó en la introducción de los nuevos umbrales del apartado 3 del art. 1, en la equiparación del tratamiento de todas las empresas en participación de plenas funciones, y en la reforma del sistema de reenvíos entre la Comisión y los Estados miembros.

En esencia, los nuevos umbrales cumulativos del apartado 3 trataron de completar los más generales del apartado 2 y, con ello, atribuir dimensión comunitaria a operaciones que superasen determinados volúmenes de ventas en más de tres Estados miembros. A la luz de los estudios realizados por la Comisión para valorar el funcionamiento de estos umbrales, no parece aventurado concluir que esta reforma introdujo una mayor complejidad en el cálculo de los umbrales, pero no resultó en un aumento sustancial de las operaciones de dimensión comunitaria ni tuvo gran éxito en la reducción de las multinotificaciones<sup>4</sup>.

En relación con las empresas en participación, la reforma suprimió la diferencia de tratamiento derivada de su carácter concentrativo o cooperativo, incluyéndose en el ámbito del control de concentraciones cualquier *joint venture* de plenas funciones<sup>5</sup>.

En cuanto a los reenvíos, la reforma de 1997 trató de facilitar la aplicación de los procedimientos para que las operaciones fuesen analizadas

<sup>4</sup> Anexo 1, «*Threshold related issues*», del Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento 4064/1989, de 11 de diciembre de 2001.

<sup>5</sup> Éste es uno de los pocos aspectos en los que el régimen español no sigue exactamente el modelo comunitario.

por la autoridad mejor situada para ello independientemente del sistema de umbrales nacionales y comunitarios. Así, se modificó el art. 9, relativo a la remisión de operaciones de dimensión comunitaria a los Estados miembros, para dejar claro que la Comisión puede realizar reenvíos parciales (es decir, manteniendo ella la competencia sobre el análisis de algunos de los mercados afectados, o bien remitiendo el expediente a varias autoridades nacionales para que cada una decida con respecto a sus mercados nacionales) y que no dispone de discrecionalidad si los mercados relevantes tienen dimensión inferior a la nacional<sup>6</sup>, caso en el que está obligada a remitir un expediente a solicitud de un Estado miembro.

Igualmente, se modificó el art. 22, inicialmente pensado para que el control de concentraciones comunitario pudiese aplicarse a operaciones realizadas en países que no contasen con un marco normativo o institucional nacional para ello. En concreto, la reforma de 1997 trató de extender este mecanismo para que fuese posible el reenvío conjunto a la Comisión de concentraciones notificadas en varios Estados miembros bajo determinadas circunstancias.

El objetivo de este cambio fue también reducir las multinotificaciones y potenciar el principio de “ventanilla única” (*one stop shop*), garantizando que las operaciones fuesen analizadas por la autoridad mejor situada para ello.

Sin embargo, tampoco esta parte de la reforma tuvo grandes efectos sobre el control de concentraciones comunitario. De hecho, no se produjo ningún reenvío conjunto de expedientes a la Comisión hasta 2002; desde entonces, se han reenviado tres expedientes de dimensión nacional por parte de un conjunto de Estados miembros, entre ellos España<sup>7</sup>.

A nadie se le escapa que este impulso a la aplicación del art. 22 coincidió con la publicación del Libro Verde —precisamente muy escéptico con respecto a la posibilidad de potenciar este instrumento— y con la creación de la red de Autoridades de Competencia Europeas (ECA)<sup>8</sup>. En este marco se constituyó desde el primer momento un grupo de trabajo específico para la cooperación en el ámbito de las multinotificaciones, en el que participa el Servicio de Defensa de la Competencia español, que ha elaborado directrices y, sobre todo, fomentado la coordinación informal entre las autoridades nacionales.

En suma, los pilares del Reglamento se han mantenido invariables desde 1989 y han dado buena cobertura a tres procesos importantes en el ámbito comunitario. En primer lugar, la intensa labor de análisis de un gran número de operaciones de concentración por parte de la Comisión, de las que una inmensa mayoría han resultado autorizadas, con

<sup>6</sup> Art. 9.1.b).

<sup>7</sup> Son los casos M.3136, GE-Agfa NDT; M.2698, Promatech-Sulzer, y M.2738, GEES-Unison, remitidos por varios Estados miembros, entre ellos España, a la Comisión Europea.

<sup>8</sup> La ECA es un foro informal de reunión de los Directores Generales de las autoridades nacionales de competencia de la UE constituido en abril de 2001 en una reunión celebrada en Amsterdam.



o sin compromisos. En segundo lugar, el desarrollo de las competencias de las autoridades nacionales y, con ello, del número de operaciones notificadas en varios Estados. Finalmente, en los últimos años, la intensa negociación con los países candidatos de la ampliación, en la que los temas de competencia fueron un capítulo fundamental.

### C. EL LIBRO VERDE PARA LA REVISIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

En este contexto, la Comisión planteó la conveniencia de abordar una revisión en profundidad del Reglamento, en paralelo al proceso de “modernización” del sistema de prohibición y sanción de conductas restrictivas de la competencia.

Con este fin se realizaron distintos estudios sobre aspectos concretos, como la aplicación de los umbrales que determinan la dimensión comunitaria de las concentraciones, y se publicó el 23 de octubre de 2001 el Libro Verde sobre la reforma del Reglamento, abriéndose un período de información pública sobre el mismo que terminó en marzo de 2002.

El objetivo declarado del ejercicio era dar respuesta a los retos planteados por las concentraciones globales, la unión monetaria, la integración de los mercados, la ampliación y la necesidad de cooperar con otras jurisdicciones. Para ello, el Libro Verde, en esencia, proponía cambios en el ámbito jurisdiccional, sustantivo y procedimental.

Desde la perspectiva jurisdiccional, la Comisión proponía terminar con las multinotificaciones mediante la atribución de dimensión comunitaria a todas las operaciones susceptibles de notificación en al menos tres Estados miembros. Adicionalmente, se planteaba una cierta flexibilización del sistema de reenvíos —por ejemplo, dando a la Comisión capacidad para actuar de oficio, y no a instancia de los Estados miembros— y la redefinición del concepto de concentración, excluyendo determinadas tomas de control sin incidencia desde la perspectiva de competencia e incluyendo, por el contrario, otras operaciones o tomas de participación.

En cuanto a cuestiones sustantivas, se lanzó el debate sobre la posible reforma del test de dominio hasta entonces vigente en el Reglamento 4064/1989. También se planteó la posibilidad de aprobar Reglamentos de exención por categorías para determinadas concentraciones, en esencia coincidentes con las cubiertas por el procedimiento simplificado.

Finalmente, en relación con el procedimiento, se propusieron varios cambios entre los que destaca la posibilidad de suspender el cómputo de plazos (*stop the clock*) para la negociación de compromisos. También se lanzó el debate sobre la revisión jurisdiccional de las decisiones de la Comisión y sobre el propio proceso interno de instrucción de los expedientes y, en particular, los controles y garantías en la toma de decisiones (*checks and balances*).

La revisión de los antecedentes del nuevo Reglamento sería incompleta si no se mencionase que este proceso coincidió con una importante controversia sobre el funcionamiento del sistema comunitario de control de concentraciones. Puestos a buscar un elemento detonante de la misma, no resulta arriesgado apuntar hacia la coincidencia en un corto plazo de cuatro operaciones de concentración significativas prohibidas por la Comisión y de sentencias del Tribunal de Primera Instancia (TPI) anulando tres de dichas decisiones en un tiempo récord.

El primer hecho relevante fue la decisión de la Comisión, de 3 de julio de 2001, de declarar no compatible la adquisición por parte del grupo General Electric del operador de productos y servicios aeroespaciales Honeywell<sup>9</sup>. Esta decisión fue recurrida<sup>10</sup> y generó una fuerte reacción tanto en el ámbito académico como en los medios de comunicación. La controversia se vio sobre todo impulsada por la diferente valoración de la operación a los dos lados del Atlántico; siendo las partes empresas no comunitarias, la concentración fue prohibida en Europa y aprobada por las autoridades de los Estados Unidos.

Cuando todavía resonaban los ecos de este debate, el 6 de junio de 2002, el TPI anuló la decisión de la Comisión por la que se prohibió la concentración de los dos touroperadores británicos Airtours y Firstchoice<sup>11</sup>. Dicha sentencia se basó en el “error manifiesto” de la Comisión por haber prohibido la operación notificada sin haber demostrado suficientemente que la misma crearía una posición dominante colectiva de los tres grandes operadores turísticos británicos que podría suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado de referencia. En esencia, no se habían cumplido los requisitos para considerar que habría coordinación estratégica entre los tres operadores principales en un mercado con estructura oligopolística y sin poder compensatorio de la demanda.

El 22 de octubre de 2002, el TPI anuló también la decisión de la Comisión de prohibir la concentración de los dos operadores franceses de equipamiento eléctrico Schneider y Legrand<sup>12</sup>. En este caso, la sentencia se basó en la incoherencia del análisis y el error de apreciación de la Comisión sobre la incidencia de la operación en determinados mercados, así como sobre la validez de los compromisos ofrecidos por Schneider. Además, el TPI consideró que en el caso del mercado francés se produjo una violación de los derechos de defensa por no haberse expuesto suficientemente en el momento adecuado los problemas de competencia detectados.

<sup>9</sup> M.2220, General Electric/Honeywell.

<sup>10</sup> En el momento de escribir este artículo está todavía pendiente la sentencia del TPI.

<sup>11</sup> T-342/99, *Airtours vs. Comisión*. La decisión de la Comisión fue de 22 de septiembre de 1999.

<sup>12</sup> T-310/01, *Schneider, apoyada por República Francesa vs. Comisión*. La decisión de la Comisión es de 30 de enero de 2002. La operación —una OPA— ya había sido ejecutada, habiéndose producido la desconcentración para cuando recayó la sentencia del TPI.

Finalmente, en la misma semana, el 25 de octubre de 2002, el TPI anuló la decisión de la Comisión declarando la concentración de los operadores de sistemas de envase Tetra Laval y Sidel incompatible con el mercado común<sup>13</sup>. En esencia, la sentencia se basa de nuevo en el supuesto “error manifiesto” de apreciación de la Comisión con respecto a los efectos de la concentración, al haber sobreestimado los efectos tanto horizontales como verticales, de conglomerado y de “apalancamiento” (*leveraging*) de la posición de dominio de Tetra en el mercado del cartón sobre el mercado del PET. Asimismo, en opinión del TPI, la Comisión habría infravalorado el poder disuasorio de las normas que persiguen las conductas anticompetitivas y, por tanto, se habría basado en presunciones falsas con respecto a la conducta previsible de Tetra en el futuro.

Naturalmente, estas sentencias no pueden ocultar la positiva experiencia del control de concentraciones comunitario en su ya amplio recorrido, pero sí fueron hechos de suficiente relevancia como para ignorarlos al revisar el proceso de reforma del Reglamento 4064/1989.

En este marco, tras la consulta pública y varias reuniones con los representantes de los Estados miembros en el seno de la Comisión, el 11 de diciembre de 2002 el Colegio de Comisarios aprobó la propuesta de Reglamento y se inició el proceso de discusión en el Consejo.

El reto era importante: conseguir poner de acuerdo a los quince Estados miembros, que partían de posiciones muy diferentes con respecto a la práctica totalidad de cambios propuestos, para lograr antes de un año la aprobación por unanimidad de un nuevo texto refundido que pudiese entrar en vigor el 1 de mayo de 2004.

### 3. CAMBIOS JURISDICCIONALES: HACIA UN SISTEMA EUROPEO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES MÁS INTEGRADO

Como ya se ha indicado, la anterior reforma normativa abordada en 1997 se centró precisamente en la ampliación de la jurisdicción comunitaria, es decir, del número de operaciones de concentración que deberían ser analizadas por la Comisión y no por las autoridades nacionales de competencia. Sin embargo, la situación no había mejorado en 2000, sino todo lo contrario y, al plantearse la revisión del Reglamento, los costes derivados de las multinotificaciones continuaban siendo uno de los retos pendientes principales, especialmente ante la perspectiva de la ampliación.

Dos son las principales novedades finalmente aprobadas en este ámbito: la simplificación de los procedimientos de reenvío de expedientes entre

<sup>13</sup> T-5/02, *Tetra Laval BV vs. Comisión*. La sentencia ha sido recurrida por la Comisión ante el TJCE. La decisión de la Comisión se adoptó el 30 de octubre de 2001.

los Estados miembros y la Comisión, y la posibilidad de reenvíos en fase de prenotificación.

El Reglamento 4064/1989 contempla dos mecanismos relativamente simétricos para el reenvío de expedientes entre autoridades que ya se han mencionado: el art. 9 o “cláusula alemana”, para la remisión de expedientes comunitarios a los Estados miembros<sup>14</sup> y, en sentido inverso, el art. 22, conocido como “cláusula holandesa”, que permite la remisión de expedientes de dimensión inferior a la comunitaria a la Comisión Europea.

Con el fin de facilitar el uso de estos dos mecanismos, el nuevo Reglamento flexibiliza los criterios para permitir que un Estado solicite el reenvío de un expediente de o hacia la Comisión Europea en lo que se ha denominado «*a streamlined referral system*».

España se ha mostrado desde el primer momento favorable a esta propuesta. Dado que se dispone de experiencia en el reenvío de expedientes en ambos sentidos con resultados muy positivos, la posición española se ha centrado en tratar de dotar al sistema de la máxima flexibilidad garantizando al mismo tiempo la seguridad jurídica.

#### A. SIMPLIFICACIÓN DE LOS REENVÍOS ENTRE LA COMISIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS

En primer lugar, el nuevo Reglamento ha modificado el criterio sustantivo para que un Estado miembro pueda solicitar el reenvío de un expediente tanto desde como a la Comisión. Así, ya no será preciso que haya amenaza de creación o refuerzo de posición de dominio en un mercado definido cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva, sino que bastará para fundamentar la solicitud con que la autoridad nacional considere que la operación amenace con afectar de manera significativa a la competencia efectiva en el mercado. El objetivo es, naturalmente, facilitar el reenvío de expedientes entre las autoridades y garantizar que cada caso sea analizado por la jurisdicción mejor situada para hacerlo.

En el art. 9, se mantiene en todo caso la distinción entre las operaciones en que la amenaza se refiera a un mercado de dimensión nacional —la Comisión tiene capacidad para decidir si remite o no el asunto— y aquellas en que el mercado relevante tenga dimensión geográfica inferior —la Comisión necesariamente ha de remitir el asunto solicitado—<sup>15</sup>. También se mantiene la posibilidad de reenvíos parciales.

<sup>14</sup> Éste ha sido el caso, por ejemplo, de los cuatro expedientes que han sido remitidos a las autoridades españolas para su valoración con arreglo a la normativa y procedimiento nacional : N-046, Carrefour-Promodés; N-015, Heineken-Cruzcampo; N-280, Sogecable-Vía Digital, y N-306, Leroy Merlin-Brico.

<sup>15</sup> Apartados a) y b) del art. 9.3.

Además, de esta reforma material, se han introducido cambios formales para reforzar la seguridad jurídica en el reenvío de asuntos comunitarios a los Estados miembros. Entre ellos, se destaca la aclaración del plazo de que disponen las autoridades nacionales para realizar el análisis de primera fase de la operación (art. 9.6). Aunque el Reglamento anterior ya disponía un máximo de cuatro meses, al cambiar el cómputo de plazos a días hábiles se suscitó la duda en cuanto a cuál era el hito del procedimiento nacional que estaba sujeto a este plazo <sup>16</sup>.

Así, el nuevo Reglamento especifica que en un plazo de cuarenta y cinco días hábiles las autoridades nacionales deberán comunicar a la notificante «el resultado de su análisis preliminar y, en su caso, de qué actuación tiene intención de realizar» <sup>17</sup>.

En las discusiones quedó claro que este acto, cuya concreción dependerá de la normativa nacional, se corresponde en el procedimiento comunitario con una decisión de las previstas en el art. 6.1 del Reglamento comunitario, es decir, con la autorización de la concentración en primera fase o la decisión de paso a segunda fase. En el caso español, este acto administrativo se corresponde con la notificación por parte del Servicio de Defensa de la Competencia a las notificantes de la resolución del Ministro con respecto a la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia junto con el informe elaborado en primera fase sobre la operación <sup>18</sup>.

Además, el nuevo art. 9.6 indica que, en caso de que la normativa nacional exija la notificación de las concentraciones, los plazos para la tramitación de los asuntos de dimensión comunitaria remitidos empezarán a computarse el día siguiente de la presentación de una notificación completa, cubriéndose así una posible laguna y eliminándose cualquier duda al respecto. Dado que en España se exige una notificación según el formulario normalizado, será la fecha de dicha notificación la determinante para el cómputo de los plazos dispuestos tanto en el Reglamento comunitario como en la normativa nacional.

En este sentido, es importante tener en cuenta que, bajo la normativa comunitaria, la decisión de reenvío del asunto no implicaba ni implica que la Comisión dé traslado a la autoridad nacional de todo el expediente instruido hasta el momento. De hecho, las actuaciones que se sigan desde la notificación a Bruselas hasta la decisión de reenvío forman parte de

<sup>16</sup> Éste es un asunto especialmente destacado por España dado que el sábado es día hábil en el procedimiento nacional pero no en el cómputo comunitario.

<sup>17</sup> No obstante, con respecto al efecto de este límite, cabe mencionar la Decisión del Consejo de Estado francés de 6 de febrero de 2004 que anula la decisión de 5 de julio de 2002 del Ministro de Economía por la que autorizó la adquisición por la sociedad SEB de las actividades de Moulinex. En la misma se indica que en ninguna norma se dispone que, transcurrido el plazo dispuesto en el art. 9.6 del Reglamento, el silencio administrativo deba tener efecto positivo. Asuntos núms. 249262, 252297, 252350, 252809, Societé Royal Philips Electronic et autres.

<sup>18</sup> De acuerdo con lo previsto en el art. 15.bis.1 de la Ley y en los arts. 10 y 11.2 del Real Decreto 1443/2001.

un expediente comunitario cuyo control jurisdiccional es competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. A partir del momento en que el Estado miembro recibe la jurisdicción, deberá formar un nuevo expediente, de acuerdo con su normativa nacional, que estará naturalmente sujeto al control de los Tribunales nacionales competentes<sup>19</sup>.

Por tanto, con esta modificación se garantiza que el Estado miembro dispondrá de toda la información relevante para adoptar su decisión y que será a partir de ese momento cuando se iniciará el cómputo de plazos. Dada la similitud entre el formulario nacional y el co comunitario y que, en principio, las operaciones cuyo reenvío se solicite probablemente habrá sido notificadas en español a la Comisión Europea, la aclaración del art. 9.6 no debe suponer ningún coste adicional para las empresas en el caso de reenvíos a España.

Finalmente, se ha hecho explícito en el Reglamento que el cómputo del plazo máximo para adoptar una decisión preliminar sobre un expediente remitido a un Estado miembro puede quedar suspendido si se solicita información adicional de acuerdo con los procedimientos nacionales. Aunque este problema no se había suscitado en la práctica, al menos en el caso de España, la nueva redacción no deja lugar a dudas sobre la aplicación de todos los instrumentos de que dispone la normativa nacional para la instrucción del expediente.

## B. POSIBILIDAD DE REENVÍOS EN FASE DE PRENOTIFICACIÓN

El segundo gran cambio introducido por el nuevo Reglamento es la posibilidad de que los casos se reenvíen en la fase de prenotificación, es decir, que no sea preciso presentar una notificación completa ante la Comisión o los diferentes Estados miembros si es otra la autoridad mejor situada para resolver el asunto.

Este instrumento responde al ya mencionado objetivo de reducir el coste derivado de las notificaciones múltiples, pero no fue el único que se planteó y discutió en el proceso de reforma. En un primer momento, la Comisión propuso la atribución automática de dimensión comunitaria a las operaciones notificables en un determinado número de Estados miembros, sugiriéndose la cifra de tres.

Si bien este mecanismo tenía la virtud de ser automático, fue rechazado por la mayoría de Estados y finalmente no incluido en la propuesta de Reglamento remitida al Consejo por la Comisión porque adolecía de al menos tres problemas principales. En primer lugar, la jurisdicción

<sup>19</sup> Para ilustrar esta diferencia baste referirse al precedente M.2845, Sogecable/Vía Digital. El TPI es competente para resolver con respecto a los distintos recursos interpuestos contra las distintas decisiones adoptadas por la Comisión. Sin embargo, el Tribunal Supremo es competente para resolver con respecto a los recursos interpuestos contra los correspondientes Acuerdos de Consejo de Ministros relativos al expediente reenviado.

comunitaria pasaba a depender de las normas nacionales en cuanto a notificación obligatoria y umbrales. En segundo lugar, se obviaba el principio de subsidiariedad. Finalmente, no parecía razonable en una Europa de veinticinco Estados, en la que podría ser frecuente que operaciones sin dimensión comunitaria —ni interés comunitario— fuesen de obligatoria notificación en al menos tres jurisdicciones nacionales.

Así, en un segundo momento se planteó que pudiesen darse reenvíos en fase de prenotificación siempre que un número o una proporción determinada de Estados estuviesen de acuerdo con que un asunto notificable en su jurisdicción fuese analizado por la Comisión Europea. No obstante, este procedimiento era menos expeditivo que el finalmente adoptado, exigía un recuento previo de los Estados en que una operación era susceptible de notificación y, dados los diferentes plazos y procedimientos, así como la posibilidad de que las empresas escalonasen la notificación a nivel nacional, dificultaba la determinación rápida y clara de la jurisdicción.

Por eso, finalmente se adoptó un sistema basado en el cambio automático de jurisdicción, bajo determinadas condiciones, siempre que ninguna de las autoridades nacionales relevantes ni la Comisión se opongan al reenvío en un plazo breve de tiempo (derecho de veto y silencio positivo).

En concreto, en el art. 4 del nuevo Reglamento se prevé que las empresas puedan solicitar, mediante un escrito motivado (*reasoned submission*), que una operación de dimensión comunitaria sea analizada desde el principio por una autoridad nacional —o varias, aunque esta posibilidad parece menos práctica—. En sentido inverso, se prevé que la empresa pueda solicitar que una concentración susceptible de notificación en al menos tres Estados miembros pase a la jurisdicción de la Comisión antes de ser notificada, siempre que ninguna de las autoridades nacionales afectadas se oponga a ello.

Para concretar el procedimiento y los criterios generales que regirán este esquema más flexible de reenvíos, se trabaja en la actualidad en la elaboración de una Comunicación de la Comisión <sup>20</sup>. Adicionalmente, se está elaborando un formulario para que las empresas puedan solicitar el reenvío de expedientes en fase de prenotificación (formulario RS).

En todo caso, es importante tener en mente que el buen funcionamiento de estos mecanismos depende de la cooperación de todos los operadores implicados. En concreto, es importante la coordinación formal e informal entre las autoridades nacionales y la Comisión, puesto que sólo en un entorno de confianza mutua podrá agilizarse el sistema de reenvíos, pero, de la misma manera, las empresas han de colaborar leal-

<sup>20</sup> En el ámbito ECA probablemente se revisarán los *Principles* que se habían aprobado sobre el proceso a seguir por la autoridad nacional en caso de multinotificación para aplicar el art. 22. Ver el apartado de «ámbito internacional» de la página web del Servicio de Defensa de la Competencia en [www.mineco.es](http://www.mineco.es).

mente para la aplicación de los nuevos procedimientos. Cualquier actuación interesada que vulnere o fuerce las normas que determinan la jurisdicción competente para el análisis de las concentraciones con el fin de que un caso sea analizado por la autoridad más «blanda» o con un tratamiento más flexible en cuanto a aspectos como la suspensión de la ejecución provocará probablemente la desconfianza y terminará dañando la propia flexibilidad de estos mecanismos, además de las posibles actuaciones sancionadoras que pueda iniciar la Comisión o las autoridades nacionales correspondientes.

### C. OTROS CAMBIOS RELATIVOS AL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES COMUNITARIO

Al margen de los cambios referidos a la autoridad competente para resolver sobre las operaciones de concentración, en la elaboración del nuevo Reglamento se plantearon otras cuestiones relativas a su ámbito de aplicación, de entre las que cabría mencionar dos: la definición de operación de concentración y el tratamiento de las restricciones accesorias.

En cuanto a la definición de concentración, se discutió sobre todo la posibilidad de ampliar los criterios para que varias operaciones sean tratadas como una sola a efectos del control por parte de la Comisión. En esencia, se trataría de considerar que varias concentraciones que presenten determinadas características sean consideradas conjuntamente, no sólo en el análisis de los efectos sobre la competencia, sino en cuanto a la propia superación de los umbrales comunitarios. Entre los criterios planteados para la vinculación de las operaciones se discutió la posibilidad de que las operaciones respondiesen a la misma racionalidad económica (*economic rationale*), que afectasen a un mismo mercado o a mercados íntimamente relacionados, que tuviesen lugar dentro de un plazo determinado de tiempo o que estuviesen condicionadas recíprocamente.

Sin embargo, todas estas propuestas planteaban el problema del carácter cualitativo de los criterios y, por tanto, de la posible inseguridad jurídica sobre si dos o más operaciones debían ser notificadas como una sola o no. Además, se planteaban dudas sobre el supuesto de que cada una de estas operaciones, por separado, tuviesen dimensión nacional, pudiendo darse la situación de que existiese un pronunciamiento previo de una autoridad nacional que pudiese diverger de la decisión final de la Comisión al analizar todas las operaciones conjuntamente.

Finalmente, se renunció a modificar el texto del articulado y únicamente se incluyó una referencia en el considerando 20 a que es preciso considerar como una sola concentración transacciones vinculadas recíprocamente mediante condición, así como las adquisiciones sucesivas de títulos mobiliarios realizadas dentro de un plazo.



Otra propuesta analizada fue la posibilidad de aprobar Reglamentos para eximir de la obligación de suspender la ejecución de la operación a determinadas categorías de operaciones, por ejemplo, tomas de participación de empresas de capital-riesgo. No obstante, esta posibilidad generó importante rechazo por parte de la mayoría de Estados miembros.

En cuanto al tratamiento de las restricciones accesorias, se trata de un asunto en el que la Comisión ha querido progresivamente alinearse con uno de los principios básicos de la «modernización» en conductas: el paso a la autoevaluación por parte de las propias empresas. De hecho, ha interpretado que, de acuerdo con el Reglamento 4064/1989, la Comisión no estaba obligada a pronunciarse sobre las restricciones accesorias a las concentraciones notificadas y que los criterios pertinentes ya estaban recogidos en la Comunicación de la Comisión sobre restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración<sup>21</sup>.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Lagardère*<sup>22</sup> aclaró que, en el marco normativo hasta ahora vigente, la Comisión sí debía pronunciarse sobre la compatibilidad de las restricciones accesorias. Por ello, en el marco de la elaboración del nuevo Reglamento 139/2004, se propuso modificar la redacción para excluir explícitamente esta obligación.

Algunas delegaciones, entre ellas la española, se mostraron contrarias a que la Comisión omitiese toda referencia a las restricciones accesorias. Esta posición se fundamentó en dos razones principales: Por una parte, porque, de acuerdo con la experiencia del Servicio de Defensa de la Competencia, siguen siendo muchas las operaciones que incorporan restricciones a la competencia entre las partes que no responden a los principios de la citada Comunicación de la Comisión. Por otra parte, porque si la Comisión no se pronuncia sobre las cláusulas, se quita a las empresas un elemento de seguridad jurídica con respecto a las disposiciones de los contratos que puedan no responder exactamente a lo previsto en la Comunicación.

Después de varias discusiones, se aceptó la modificación del articulado del Reglamento<sup>23</sup> pero se incluyó en el considerando 21 la referencia a que la Comisión deberá valorar si las restricciones tienen carácter accesorio, a instancias de las empresas afectadas, en aquellos casos que presenten cuestiones nuevas o sin resolver; no cubiertas en la Comunicación o en decisiones previas públicas.

En la actualidad se está trabajando en la elaboración de una nueva Comunicación sobre restricciones accesorias que concreta las características de los acuerdos entre empresas que se considerarán necesarias y

<sup>21</sup> 2001/C188/03.

<sup>22</sup> Sentencia de 20 de noviembre de 2002 en el caso T-251/00, *Lagardère et al. vs. Comisión*.

<sup>23</sup> En los arts. 6 y 8 se establece que se entenderá que las decisiones de la Comisión cubren las restricciones directamente vinculadas a la operación de concentración y necesarias para tal fin.

proporcionadas a las concentraciones, es decir, que podrán ser introducidas sin necesidad de formular ninguna consulta a la Comisión. En principio, cualquier acuerdo que no responda a lo dispuesto por la Comunicación o no esté explícitamente analizado en alguna decisión que haya sido publicada (en el *DOCE* o en la web) podrá ser considerado «cuestión nueva o sin resolver» y, por tanto, se podrá solicitar a la Comisión que se pronuncie expresamente en la decisión correspondiente a la concentración con respecto a su carácter accesorio.

#### 4. CAMBIOS EN EL PROCEDIMIENTO: EL RETO DE HACER COMPATIBLES FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

En contraste con otros sistemas, el modelo comunitario de control de concentraciones generalmente destaca por su celeridad y por la existencia de plazos tasados para el procedimiento. Sin considerar el tiempo que puedan durar las conversaciones preliminares en lo que se conoce como fase de pre-notificación, el análisis de la gran mayoría de operaciones dura un mes —primera fase— e incluso en aquellas que suscitan dudas la Comisión adopta una decisión definitiva en un plazo máximo de unos cinco meses tras la notificación.

Sin embargo, en los últimos años existía cierta percepción en determinados medios de que algunas decisiones de prohibición podrían haberse evitado de haber dispuesto la Comisión y las partes de más tiempo para la negociación de compromisos. Por otra parte, la Comisión señalaba que no disponía de tiempo suficiente para valorar adecuadamente toda la información aportada —incluyendo los cada vez más habituales estudios econométricos y las respuestas a los test de mercado de los compromisos presentados— en los casos más complejos.

Además, parecía conveniente eliminar el reducido plazo de una semana para la notificación de las operaciones, innecesario en un contexto de obligatoria suspensión de la ejecución de la concentración y, por otra parte, sistemáticamente incumplido en la práctica.

Por ello, la Comisión propuso modificar el Reglamento para introducir más flexibilidad en los plazos y logró el apoyo del Consejo para la mayoría de sus iniciativas.

Así, en primer lugar, se ha eliminado el plazo para notificar. Al igual que sucedió con el sistema español en 1999 y 2000, desaparece así del modelo comunitario la posible infracción formal por notificación fuera de plazo y el sistema se centra en la prohibición de ejecutar la operación —salvo dispensa expresa de la Comisión— antes de su autorización. Además, se permite que las empresas notifiquen operaciones incluso antes de que se concluya el acuerdo, siempre que las negociaciones se encuentren naturalmente en una fase avanzada y haya intención de “buena fe” de proceder a la concentración.

En segundo lugar, se prevé un posible alargamiento de los plazos para negociar los compromisos e incluso una ampliación de la segunda fase en operaciones particularmente complejas por un máximo de aproximadamente un mes. En relación con estas propuestas, la posición española trató de incidir en flexibilizar el margen para que las empresas pudiesen solicitar ampliaciones de los plazos o presentar compromisos y en que cualquier prórroga contase con el acuerdo de ambas partes, notificantes y Comisión.

Además, el nuevo Reglamento contempla explícitamente cómo se tratarán los expedientes en el caso de que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que anule total o parcialmente una decisión de la Comisión.

Finalmente, en línea con las novedades que se introducirán en el ámbito de las conductas restrictivas, se han ampliado los poderes de investigación de la Comisión. En particular, se le faculta para solicitar toda la información necesaria, incluso entrevistar a toda persona que pueda disponer de información útil guardando constancia de sus declaraciones, para realizar todas las inspecciones que estime precisas y —en circunstancias excepcionales— colocar precintos en locales, libros o documentos de la empresa inspeccionada durante el tiempo que sea estrictamente necesario.

## 5. CAMBIOS SUSTANTIVOS: EL DILEMA SOBRE EL TEST

### A. ¿POR QUÉ UN DEBATE SOBRE EL TEST SUSTANTIVO?

Uno de los elementos esenciales de cualquier sistema de control de concentraciones es el test sustantivo, es decir, el criterio con arreglo al cuál una autoridad puede decidir autorizar o prohibir una concentración. Su importancia se deriva de que, así como existe un acuerdo general sobre que determinadas conductas empresariales como los cárteles de fijación de precios (*hard core cartels*) deben ser prohibidas por ser *per se* negativas para la competencia<sup>24</sup>, no existe un principio incontestado que permita determinar *ex ante* qué operaciones de concentración deben ser prohibidas y cuáles deben seguir adelante.

En el terreno del control de concentraciones, el carácter preventivo y la ausencia de principios objetivos universales sobre los efectos en el bienestar general hacen que sea preciso en cada caso determinar cuál va a ser el criterio de la autoridad competente para decidir. En la búsqueda de ese criterio, todos los sistemas normativos miran a la teoría económica, que es, al fin y al cabo, la fuente de la que se deriva la idea

<sup>24</sup> No obstante, todos los sistemas en general prevén algún procedimiento para la autorización singular o general de determinadas conductas o acuerdos que serían ilegales pero pueden ser permitidos por aportar eficiencias, por ejemplo, en términos de progreso técnico, que compensan los efectos restrictivos de la competencia.

de que las concentraciones empresariales pueden ser restrictivas de la competencia, de la eficiencia y del bienestar.

En esencia, el paradigma clásico parte de la base de que la competencia perfecta lleva a la asignación más eficiente de los recursos; en el caso de un mercado concreto, garantiza la máxima cantidad producida al menor coste y, al mismo tiempo, la máxima cantidad intercambiada al menor precio. Es decir, que se alcanza un volumen de bienes u *output* producido y consumido óptimo a unos precios y costes óptimos.

A partir de esta situación, una operación de concentración puede dar lugar a un cambio de la estructura del mercado que resulte en que uno o varios operadores dispongan de poder relativo o bien en un oligopolio lo suficientemente estable como para alejar la asignación de recursos del óptimo. En teoría, ello llevará a un equilibrio con menor cantidad del bien producida e intercambiada y a precios más altos; el productor se apropia de parte del excedente del consumidor y, en determinadas circunstancias, el bienestar general de la sociedad será menor.

Partiendo de este esquema básico, los sistemas de defensa de la competencia establecen procedimientos de control de concentraciones para intentar prevenir cambios estructurales que lleven a la reducción del bienestar general y, en especial, el de los consumidores. Dado que este análisis es complejo y ha de tener en cuenta un conjunto de variables que pueden ser cualitativas, la seguridad jurídica exige que se formalicen en la medida de lo posible principios relativamente indeterminados como “probabilidad de colusión”, “reducción de la competencia efectiva”, o “refuerzo de barreras a la entrada”.

A esta dificultad se une el hecho de que las concentraciones empresariales también tienen efectos positivos, ya que en los mercados existen economías de escala o de alcance, sinergias dinámicas o financieras, que pueden hacer que la unión de dos empresas sea más eficiente que la suma de cada una de ellas por separado. Desde esta perspectiva, la concentración empresarial es un proceso inherente al propio mercado, responde a la búsqueda de eficiencias y, en general, resulta en un aumento del bienestar general de la sociedad.

En este contexto, resulta claro lo difícil de concretar en términos legales un criterio sintético para la valoración de las concentraciones empresariales, un test sustantivo.

## B. ¿QUÉ TEST ALTERNATIVOS EXISTEN?

Teniendo en mente el punto de partida —la necesidad de instrumentar jurídicamente conceptos económicos complejos e indeterminados—, resulta fácil entender tres características básicas que enmarcan el debate: existan distintos test sustantivos en los diferentes países, el test puede variar a lo largo del tiempo y, en esencia, las diferencias en la redacción no conllevan cambios sustanciales en el análisis.

En efecto, en primer lugar, resulta lógico que, en la búsqueda de las palabras que mejor concretan en términos legales el análisis económico, cada país opte por el test o la redacción que mejor se corresponda con su marco legal y su tradición normativa.

En este proceso se suelen señalar dos tipos de test: el de dominio (*dominance test*) y el de reducción sustancial de la competencia efectiva (*substantial lessening of competition* o SLC)<sup>25</sup>. Es importante tener en mente que esta clasificación es extremadamente sintética; dentro de cada uno de los grupos hay criterios relativamente heterogéneos que pueden incluir elementos de valoración ajenos a la competencia<sup>26</sup>.

Tradicionalmente se han considerado los sistemas comunitario<sup>27</sup> y alemán<sup>28</sup> como los principales exponentes del test de dominio, principalmente basado en el análisis de si una concentración resulta en la creación o refuerzo de posición dominante de un operador o de varios en el mercado. En esencia, se trataría de definir un mercado relevante y de ver si como consecuencia de una operación de concentración se creará o reforzará una posición dominante en él. Así, la definición del mercado y la cuota del operador resultado de la concentración en el mismo serían elementos esenciales de un análisis relativamente formal, predecible y —teóricamente— sólido.

Por su parte, los Estados Unidos son habitualmente señalados como paradigma del test SLC<sup>29</sup>, junto con otros países como Canadá. En el ámbito de la UE, Irlanda y el Reino Unido han adoptado recientemente este test, aunque otros países, como España y Francia, también tienen criterios asimilables.

Junto con la heterogeneidad, un segundo aspecto destacable con respecto a los test sustantivos es su carácter esencialmente dinámico. Los

<sup>25</sup> En algunos estudios se considera un tercer test, de "interés público", que se correspondería con el vigente en el Reino Unido hasta la reciente modificación normativa que ha adoptado el SLC. Sin embargo, en la práctica, la aplicación de este test se correspondía con el SLC, por lo que no parece preciso hacer esta distinción.

<sup>26</sup> Entre estos elementos es habitual considerar, por ejemplo, la contribución de la concentración a la innovación, al progreso económico y social, o incluso a la competitividad internacional de las empresas propias. Incluso algunos países tienen regímenes específicos para determinados sectores, como los medios de comunicación.

<sup>27</sup> El art. 2 del Reglamento 4064/1989 se basaba en la compatibilidad con el mercado común de las concentraciones «que no creen ni refuercen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». En sentido contrario, se declararán incompatibles las operaciones de concentración «que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

<sup>28</sup> El art. 36 de la Ley de Competencia de Alemania —*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB)—, promulgada en 1958 y cuya más reciente modificación entró en vigor en 1999, indica que será prohibida una concentración que previsiblemente creará o reforzará una posición de dominio a menos que las partes prueben que la concentración también llevará a la mejora en las condiciones de competencia y que dichas mejoras contrarrestarán las desventajas del dominio.

<sup>29</sup> La sección 7 de la *Clayton Act* determina que se prohibirán las concentraciones cuando el efecto de una adquisición pueda ser el de reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio.

criterios para valorar las concentraciones no son inmutables; por el contrario, lo normal es que vayan variando en el tiempo, puesto que la teoría económica está en permanente proceso de cambio y los avances en el análisis o en las técnicas cuantitativas pueden permitir una mayor sofisticación y precisión en el texto normativo. Así, el test podrá ir evolucionando en la práctica en paralelo con la teoría económica preponderante en cada momento y con las circunstancias económicas, políticas o sociales que enmarcan la aplicación de las normas.

A modo de ejemplo, es inevitable referirse al sistema estadounidense, modelo indiscutible con una larga experiencia de más de un siglo, cuyo análisis sustantivo ha ido variando incluso sin que haya cambiado el texto de las leyes correspondientes. Para verlo basta repasar las sucesivas revisiones de las *guidelines* del Departamento de Justicia y de la *Federal Trade Commission* y, más allá de las propias normas escritas, las distintas fases por las que ha pasado la aplicación práctica del control; más o menos restrictiva, más centrada en indicadores cuantitativos o más cualitativa, más o menos favorable a considerar las eficiencias generadas por las concentraciones empresariales.

En tercer lugar, al considerar el test sustantivo para el análisis de concentraciones es importante tener en cuenta que las diferencias en las palabras no comportan necesariamente cambios en el análisis subyacente. Ésta es una de las principales conclusiones de los estudios abordados en el marco de la revisión del Reglamento comunitario<sup>30</sup>: los resultados de las diferentes autoridades no difieren en la inmensa mayoría de los casos sea cual sea el criterio teórico utilizado. De hecho, el análisis suele tener en cuenta un conjunto de elementos, la inmensa mayoría de las operaciones son autorizadas por considerar que no plantean problemas de competencia, y las decisiones de las distintas autoridades sobre las concentraciones que sí los plantean son comparables.

Así pues, sería lógico concluir que la redacción concreta del test no es tan relevante y se trata de un falso dilema sin implicaciones prácticas... si no fuese porque las decisiones que se adoptan son cuestionadas y valoradas precisamente sobre la base de las palabras concretas recogidas en las normas.

En efecto, como ponen de manifiesto las múltiples sentencias de los Tribunales comunitarios, la Comisión Europea está obligada a decidir con arreglo al Reglamento correspondiente y, por tanto, no es en absoluto irrelevante cuál es el test explicitado en su articulado. En otras palabras, el test está sujeto a interpretación y la redacción concreta puede no ser irrelevante para dejar claro que se cubren todas las posibles estructuras de mercado, que se puede analizar cualquier efecto sobre la competencia

---

<sup>30</sup> Por ejemplo, ver el *Discussion Paper* del *Bundeskartellamt* para la reunión de octubre de 2001 del Grupo de Trabajo sobre Derecho de competencia: «*Prohibition Criteria in Merger Control — Dominant position versus substantial lessening of competition?*», <http://www.bundeskartellamt.de/diskussionsbeiträge>.

difícil de encuadrar en el concepto de “dominio” o que se dispone de cobertura legal para el análisis de conglomerados.

En este contexto, resulta natural que, con la creciente sofisticación de los estudios económicos que acompañaban al control de concentraciones, alguna sentencia del Tribunal de Primera Instancia desfavorable para la Comisión y el inicio del proceso de revisión del Reglamento 4064/1989, existiese un ambiente propicio para una posible reforma del test sustantivo comunitario.

### C. POSICIONES ANTE LA PROPUESTA INICIAL DE LA COMISIÓN

Tras la consulta pública, la Comisión aprobó una propuesta de Reglamento que introducía ciertos cambios en el art. 2. En concreto, la propuesta que se remitió al Consejo mantenía la redacción del test pero introducía un párrafo que redefinía el concepto de “dominio”, únicamente a efectos del control de concentraciones —es decir, sin afectar a la aplicación del art. 82 del Tratado—, para tratar de incluir cualquier posible efecto sobre la competencia de una operación de concentración<sup>31</sup>.

En esencia, se trataba de una propuesta que trataba de flexibilizar el control de concentraciones sin por ello admitir el paso a un test SLC. La Comisión abrió al Consejo la puerta para revisar el criterio sustantivo pero partiendo de una posición conservadora.

Desde el primer momento resultó patente que la revisión de este artículo sería uno de los puntos más complejos del debate en el Consejo y que probablemente no se alcanzase un acuerdo hasta el último momento. En efecto, los Estados miembros se alinearon en distintas posiciones que, en los extremos, abogaban por el mantenimiento del test de dominio o el paso a un test SLC. En el medio se situaron Estados con dos posiciones también diferentes; mientras que algunos, como Francia y España, proponían avanzar hacia un test de compromiso —híbrido de dominio y SLC—, otros países se mostraban reacios a cualquier punto intermedio y defendían el uso de un solo test, sin pronunciarse a favor de uno u otro.

En los sucesivos debates se fueron perfilando los principales argumentos que sostenían las dos posiciones principales.

### D. ARGUMENTOS A FAVOR DEL MANTENIMIENTO DEL TEST

Los Estados defensores del mantenimiento del criterio de dominio basaban su posición en argumentos prácticos y sustantivos, que se rei-

<sup>31</sup> En concreto, se añadía un apartado 2: «A efectos del presente Reglamento se considerará que una o varias empresas ocupan una posición dominante si utilizan su fortaleza económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución o la innovación, o para restringir la competencia de manera apreciable».

teraron durante todo el proceso de discusión y pueden resumirse en seis puntos:

— En primer lugar, la existencia de una importante experiencia acumulada en la aplicación de este test en el ámbito comunitario, con lo que su cambio podría resultar en una menor seguridad jurídica.

— En esta misma línea, en segundo lugar, se ha apuntado la importancia de conservar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE al respecto <sup>32</sup>.

— En tercer lugar, es preciso considerar que muchos Estados miembros tienen el test de dominio, incluso asumido por los países de la ampliación, con lo que un cambio de la redacción en el ámbito comunitario podría generar disfunciones con el control de concentraciones de dimensión nacional.

— En cuarto lugar, se ha señalado que no hay ninguna razón de fondo para cambiar el test puesto que las decisiones son las mismas sea cual sea el criterio sustantivo.

En efecto, la realidad muestra que las diferentes autoridades de competencia adoptan decisiones similares en la inmensa mayoría de los asuntos sea cual sea el tenor de su criterio sustantivo. En general, las operaciones de concentración que no suscitan dudas son autorizadas tanto bajo el test de dominio como bajo el de SLC y, en el otro extremo, hay un acuerdo bastante claro sobre qué operaciones pueden generar problemas y cómo atajarlos mediante compromisos o condiciones. Por tanto, si las decisiones son iguales sea cuál sea el test, no hay ningún argumento para la modificación del vigente en el Reglamento comunitario.

En este ámbito, el debate se centró sobre todo en la posible existencia de una laguna o *gap* en el test de dominio, aspecto que se comenta más adelante.

— En esta misma línea, un quinto argumento destacado ha sido el de la flexibilidad del test de dominio, ilustrada por la ampliación de su ámbito efectivo desde la aprobación del Reglamento 4064/1989 sin cambiar su redacción. El ejemplo más claro de esta flexibilidad es sin duda la cobertura de aquellas estructuras de oligopolio colusivo bajo el concepto de “dominio colectivo” <sup>33</sup>. Por tanto, dada la flexibilidad del Reglamento y que, en principio, el TPI no ha rechazado la posible cobertura de otros efectos de las concentraciones, no sería preciso modificar el test.

— Finalmente, en sexto lugar, se apuntó que el paso a un SLC podría resultar en una ampliación del campo de la Comisión para la prohibición de operaciones; lo que algunos denominaron la «reducción del umbral

<sup>32</sup> Por ejemplo, en relación con el concepto de dominio, cabe citar las conocidas Sentencias del TJCE en los asuntos T-6/72, *Continental Can*; T-27/76, *United Brands*, o T-85/76, *Hoffman-La Roche*.

<sup>33</sup> Ver, por ejemplo, asuntos T-102/96, *Gencor vs. Comisión*, y *Airtours-Firstchoice* (notas 7 y 22).



de intervención». Así, los Estados más reacios al cambio de test han señalado que el de dominio es más exigente para la propia autoridad, mientras que el SLC facilitaría la prohibición de operaciones.

#### E. ARGUMENTOS A FAVOR DEL PASO A UN TEST SLC

Frente a los sólidos argumentos de los Estados que apoyaron el mantenimiento del test de dominio, los defensores de un cambio defendieron otros también de índole práctica y sustantiva que se pueden agrupar en ocho puntos:

— En primer lugar, es preciso señalar que algunos Estados miembros ya tienen criterios asimilables al de SLC: Inglaterra e Irlanda acaban de adoptarlo y otros Estados, como España, Francia y Grecia, tienen test duales o asimilables a SLC. Por tanto, no sería cierto que el cambio generase disfunciones con la totalidad de Estados.

— Además, el paso a un test SLC no implicaría la pérdida de la experiencia acumulada por la Comisión o la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia. En la inmensa mayoría de casos, el análisis se basará en la existencia de posición de dominio, con lo que no cambiará con respecto al actual. En aquellos casos en que sea precisa una aproximación diferente, ésta será plenamente compatible con los precedentes; de hecho, las decisiones comunitarias son precedentes claros en aquellos Estados con un criterio asimilable al SLC, como España.

— En tercer lugar, se ha indicado la importancia de no tener dos conceptos de “dominio” diferentes en control de concentraciones y en la aplicación del art. 82 del Tratado en los casos de abuso. Parece lógico que cualquier nueva interpretación en un ámbito necesariamente contaminará o afectará al otro, lo que hace poco viable una definición únicamente a efectos del control de concentraciones, como proponía inicialmente la Comisión.

— En cuarto lugar, se apunta que el test SLC tiene más relación con la teoría económica. De hecho, el concepto de dominio no se deriva tanto de la economía como de las propias sentencias del Tribunal de Justicia que, por ejemplo, al incidir en la posibilidad de comportamiento independiente, en cierta medida ignoran las estructuras oligopolísticas y la coordinación estratégica no explícita.

— En quinto lugar, en cuanto a la existencia de lagunas en el test de dominio, los representantes de varios Estados miembros y diversos académicos han apuntado durante los últimos dos años la existencia de determinados efectos de las concentraciones que podrían no quedar cubiertos, que han recibido la denominación —quizá poco afortunada— de “efectos unilaterales” (*unilateral effects*) de las concentraciones en mercados oligopolísticos. En esencia, se trataría de intentar definir la potencial reducción de la competencia efectiva derivada de una concentración que encaja mal con la noción de dominio individual o colectivo (colusivo).

El ejemplo paradigmático de este *gap* potencial es el conocido como asunto *baby foods*, relativo a la prohibición de la concentración entre dos de los tres operadores del mercado de alimentos infantiles en los Estados Unidos: Heinz y Beech-Nut<sup>34</sup>. Lo interesante de este asunto es que las dos partes de la operación tenían cada uno una cuota de en torno al 15 por 100 del mercado, que estaba claramente liderado por Gerber, con un 60-70 por 100 de cuota. La *Federal Trade Commission* (FTC) decidió oponerse a la concentración y solicitar su suspensión cautelar por considerar que reduciría el número de operadores de tres a dos, creando un duopolio en la producción y venta de alimentos infantiles. Dadas las altas barreras a la entrada existentes, la operación llevaría a una subida de los precios al favorecer la colusión entre los dos duopolistas y reducir la competencia directa existente entre Heinz y Beech-Nut en muchos mercados de los Estados Unidos.

En un primer momento, el Tribunal de Distrito consideró que no procedía la prohibición cautelar de la operación: a su juicio, no tendría efectos negativos sobre la competencia, puesto que los estudios económicos mostraban que los precios no eran inferiores en los mercados en los que competían las tres marcas, y se generarían importantes eficiencias con la concentración. Sin embargo, recurrida esta decisión, el Tribunal de Apelación rechazó estos argumentos y autorizó la prohibición cautelar solicitada por la FTC por considerar fundados sus argumentos de que la concentración llevaría a un monopolio en el mercado mayorista y un aumento de la coordinación en el minorista, cuestionando la relevancia de las eficiencias para justificar la autorización y considerando que la ponderación de intereses fundamentaba la imposición de medidas cautelares.

La conclusión principal de este caso es que una concentración puede tener efectos significativos sobre la competencia efectiva incluso en ausencia de creación o refuerzo de posición de dominio. En concreto, el efecto “unilateral” sería la desaparición de la competencia entre Heinz y Beech-Nut, que era hasta entonces muy fuerte para conseguir posicionarse como segundo operador —asumido el liderazgo de Gerber— en las estanterías de los supermercados.

Además de este caso, resulta también importante plantearse en qué medida permitía el test de dominio del Reglamento 4064/1989 cubrir estructuras oligopolísticas en las que no fuese posible demostrar la inevitabilidad de la colusión entre los operadores de acuerdo con los —ciertamente estrictos— requisitos impuestos por el TPI en la sentencia del caso *Airtours* anteriormente citado<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Sentencia de 27 de abril de 2001 de la us Court of Appeals for the District of Columbia Circuit en el caso *FTC vs. Heinz Co. And Milnot Holding Corporation*.

<sup>35</sup> En esencia, el TPI anuló la prohibición de la Comisión por considerar que hubo errores manifiestos a la hora de determinar, mediante un análisis prospectivo del mercado, que la concentración habría permitido a cada oligopolista alinear su acción, restringiendo su oferta para subir los precios y obstaculizando de manera significativa la competencia efectiva en el mercado, sin nece-

En relación con este asunto, es importante recordar que la Comisión interpretó desde el principio que dichos requisitos se referían únicamente a oligopolios colusivos y que el TPI no había entrado a interpretar cómo se debería valorar el efecto de concentraciones en oligopolios no colusivos. Sin embargo, la Sentencia podría abrir la puerta a quienes cuestionasen que el test de dominio pudiese permitir la prohibición de concentraciones en contextos en los que no hubiese claramente una posición dominante estable, ya fuese individual de un operador o colectiva de varios coordinados.

De hecho, la propia Comisión, con su propuesta al Consejo, en cierta medida asumía que podía existir un *gap* en la cobertura del test al proponer la redefinición del concepto de dominio para incluir cualquier efecto de las concentraciones, incluyendo los efectos “unilaterales” en mercados oligopolísticos.

— En respuesta a esta propuesta, los países que defendían el cambio de test sustantivo apuntaron un sexto argumento: las palabras son importantes y la seguridad jurídica se resentiría si se adoptase una definición de “dominio” artificial, creada *ex profeso* para el control de concentraciones, que no estuviese soportada por ningún concepto subyacente. En particular, no parecía que la definición propuesta respondiese ni a la idea de “dominio” intuitivamente aprensible, ni la a definición correspondiente al art. 82 del Tratado, ni al concepto jurídico consolidado por la jurisprudencia, ni a la referencia asimilable al “poder de mercado” de la teoría económica. Sobre esta base, no parecía adecuado seguir discutiendo la redacción exacta de la nueva definición de dominio, sino cambiar el test para tener garantía de poder cubrir cualquier efecto de las operaciones de concentración.

— El séptimo argumento de los partidarios del cambio puede ser el más sorprendente: Es preciso cambiar el texto del art. 2 para alinearlo con la práctica real de la Comisión que, de hecho, ya está aplicando un test SLC. Esta conclusión se derivaría del paso a segunda fase de operaciones con cuotas inferiores al 40 por 100<sup>36</sup>, de la introducción de elementos de valoración más cualitativos —como los efectos red, conglomerado o “palanca” (*leverage*)<sup>37</sup>— o del análisis más dinámico que requieren los mercados de la “nueva economía”.

— Finalmente, cabe mencionar un último argumento defendido por los partidarios del SLC en el ámbito académico: los beneficios para la coordinación internacional en el análisis de las concentraciones trasna-

---

sidad de celebrar acuerdos. Para ello, la Comisión debería haber probado tres extremos: mercado transparente, coordinación estable en el tiempo con los debidos incentivos y represalias, y ausencia de respuesta efectiva o poder compensatorio de competidores actuales y potenciales y consumidores.

<sup>36</sup> Por ejemplo, asuntos M.1221, REWE/Meinl, o M.1412, Hutchison/ECT/RMPM.

<sup>37</sup> Cabe señalar el análisis del *bundling* en los asuntos M.2220, GE-Honeywell, y la decisión sobre el asunto M.2416, Tetra Laval-Sidel, en la que se analizó el efecto “palanca” o *leverage* de la posición de dominio en el mercado de los envases de cartón hacia el mercado próximo del PET.

cionales derivados del alineamiento con el test vigente en otras partes del mundo y, en particular, con los Estados Unidos.

Es importante señalar que este argumento, aunque atractivo para los representantes empresariales o medios no especializados, no es lo suficientemente sólido para fundamentar un cambio en el análisis de las operaciones de concentración en Europa. En otras palabras, si las decisiones de las diferentes autoridades son compatibles en la práctica y no existen lagunas en el test de dominio, difícilmente se puede defender un cambio en la normativa comunitaria sólo sobre la base de que es mejor copiar el modelo americano. Ello explica que este punto no haya sido discutido en el seno del Consejo aunque haya sido apuntado por algunos medios de comunicación a raíz del nuevo Reglamento<sup>38</sup>.

#### F. LA POSICIÓN DE ESPAÑA Y EL NUEVO TEST

Frente a estas dos visiones iniciales, la posición de España se centró en tres principios.

En primer lugar, que las palabras son relevantes y que es preciso que respondan a la realidad subyacente que pretenden definir. Por tanto, no redundaría en seguridad jurídica el tratar de forzar cualquier tipo de efecto dentro del concepto de “dominio”.

En segundo lugar, que el test debe perseguir la máxima coherencia con el análisis económico. Si la Comisión analiza cada vez más efectos que son difíciles de asimilar con la noción de “dominio”, es preciso que éstos queden incluidos en el test.

En tercer lugar, que es preciso contar con instrumentos que proporcionen suficiente flexibilidad en el análisis sin perder por ello seguridad jurídica. Así, el test debe ser lo suficientemente flexible como para poder acomodar los constantes cambios y avances en las técnicas y teorías económicas sin abandonar con ello la importante base de seguridad que aportan los precedentes con que ya se cuenta.

Sobre esta base, España se alineó desde el principio con aquellos países que no estaban satisfechos con la propuesta presentada por la Comisión por considerar que, en cierto sentido, se trataba de un parche que podría generar más problemas que beneficios, aunque sólo fuera por la confusión con el concepto de “dominio” utilizado en el ámbito del art. 82.

Adicionalmente, la posición defendida estuvo determinada desde el principio por la defensa del cambio a un test más próximo al SLC y, con-

---

<sup>38</sup> El propio Comisario Monti ha apuntado a la convergencia de los tests sustantivos en su reciente conferencia de 28 de febrero en el *UCLA Law First Annual Institute* (ver web de la Comisión).

siguientemente, al vigente en la propia normativa española<sup>39</sup>. No obstante, ante la evidencia de posiciones encontradas entre algunos Estados miembros, se hizo clara la necesidad de lanzar alguna propuesta que desbloquease el debate y, en esta línea, Francia y España adelantaron desde el principio un posible camino para avanzar: un test dual que incorporase la flexibilidad precisa sin por ello perder la sólida jurisprudencia acumulada hasta el momento.

Esta propuesta fue sugerida en diversas reuniones y presentada formalmente, como “propuesta franco-española” en el mes de septiembre de 2003. Aunque en un primer momento no concitó el apoyo de los países con posiciones más extremas, un mes más tarde fue asumida por la Comisión Europea y finalmente sirvió de base para la redacción definitiva aprobada en la reunión del Consejo de Competitividad de 26 de noviembre de 2003.

Así, no sin dificultades y con cambios hasta el último segundo para lograr la unanimidad necesaria, se ha aprobado una modificación en el art. 2 del Reglamento que, en apariencia, se limita a invertir los términos del test anterior; la Comisión deberá analizar las concentraciones sobre la base de la posible obstaculización significativa de la competencia efectiva (*significant impediment to effective competition*), en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante.

Además, para matizar el sentido de este cambio de test se incluyeron determinados considerandos<sup>40</sup> y se aprobó una declaración conjunta del Consejo y la Comisión que consta en el acta de la reunión de 26 de noviembre<sup>41</sup>.

## 6. OTROS CAMBIOS

Al margen de los cambios introducidos en el Reglamento, la Comisión ha abordado un conjunto de iniciativas, normativas y *de facto*, que completarán la “modernización” del control de concentraciones. Entre ellas, cabe destacar tres: *guidelines* y normas de desarrollo, cambios en la organización de la DGCOMP y una revisión del papel de los Estados miembros.

<sup>39</sup> Entre otras referencias, cabe citar al art. 15 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece que el Ministro de Economía remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia los expedientes «que considere pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado».

<sup>40</sup> En particular, el considerando 25 indica que «el concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido en los apartados 2 y 3 del art. 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante».

<sup>41</sup> «El Consejo y la Comisión coinciden en que el concepto de “obstáculo significativo a la competencia efectiva” que recogen los apartados 2 y 3 del art. 2 del presente Reglamento debería interpretarse en función de los objetivos del Reglamento, tal como se recogen en el apartado 1 del art. 2 y en los considerandos, en particular en el considerando 25».

## A. LAS *GUIDELINES* Y NORMAS DE DESARROLLO

Como complemento al nuevo Reglamento, la Comisión ha publicado unas directrices o *guidelines* sobre concentraciones horizontales<sup>42</sup>, que tratan de reforzar la seguridad jurídica de los operadores económicos al concretar y difundir la forma en que esta institución evalúa las concentraciones entre empresas competidoras efectivas o potenciales en el mismo mercado relevante.

En concreto, esta Comunicación proporciona orientaciones sobre la forma de interpretar indicadores de concentración y cuotas de mercado. También establece los criterios para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales de dimensión comunitaria distinguiendo entre efectos coordinados y no coordinados de las mismas. Asimismo, la Comisión enuncia los criterios que emplea para valorar el poder compensatorio de la demanda, las ganancias de eficiencia y, por último, la aplicación del supuesto de empresa en quiebra. El texto publicado hace referencias explícitas al nuevo Reglamento y proporciona una metodología consistente con el cambio en el test sustantivo.

Por otra parte, en la actualidad se está trabajando en la elaboración de varias normas para desarrollar el nuevo Reglamento 139/2004. En primer lugar, se deberá revisar el Reglamento de procedimiento y el procedimiento simplificado para adecuar el sistema a los nuevos plazos y sistemas de reenvío. Igualmente, se adecuarán a la nueva norma los formularios para la notificación ordinaria (CO) y simplificada. También se está trabajando en la elaboración de un formulario para que las empresas puedan solicitar los reenvíos de expedientes en fase de prenotificación (*reasoned submissions* o formulario RS) y en una Comunicación sobre el sistema de reenvío de expedientes entre la Comisión y los Estados miembros. Se está revisando la Comunicación sobre restricciones accesorias y, finalmente, la Comisión tiene intención de elaborar *guidelines* sobre el análisis de concentraciones verticales y de conglomerado.

## B. CAMBIOS INTERNOS DE LA DGCOMP

Además de los cambios de índole normativa, el proceso de reforma comporta también cambios en la organización de la Dirección General de Competencia (DGCOMP) y en su proceso de toma de decisiones. En particular, en abril de 2003, la Comisión aprobó una reorganización que descansa en el refuerzo de la especialización sectorial de los instructores.

Para ello, las unidades de la antigua *merger task force* se integran en cuatro Direcciones *antitrust* organizadas por sectores específicos, man-

<sup>42</sup> «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas» (2004/C 31/03). Publicación en el *DOCE* de 5 de febrero de 2004.

teniéndose una unidad de concentraciones más pequeña para asegurar una coordinación de los expedientes.

Con el fin de reforzar las garantías en la toma de decisiones (*checks and balances*), se ha creado un equipo dirigido por un Economista Jefe de competencia que informará directamente al Director General —en julio de 2003 se nombró al profesor Lars-hendrik Röller para este puesto— y se han incrementado los controles internos por parte de todas las unidades de la Comisión.

Además, se ha tratado de endurecer el control del procedimiento mediante el refuerzo del papel del consejero auditor (*hearing officer*) como garante independiente de la adecuación de los procedimientos, y la creación de un sistema de grupos o comités (*peer review panels*) para aportar, ejerciendo a modo de abogados del diablo, una opinión independiente sobre los proyectos de decisión.

### C. EL PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Una última cuestión sobre la que se ha debatido intensamente en las reuniones preparatorias del Reglamento 139/2004 ha sido el papel de las autoridades nacionales en la toma de decisiones por parte de la Comisión y, en concreto, el rol del Comité consultivo.

Este Comité, al que asisten representantes de las autoridades de los Estados miembros, se reúne siempre antes de que la DGCOMP eleve su proyecto de Decisión al Colegio de Comisarios, tanto en relación con la autorización o prohibición de operaciones como con otras cuestiones accesorias; decisiones de ejecución de prohibiciones o de imposición de multas<sup>43</sup>.

Los Estados miembros han venido insistiendo sobre la necesidad de que este Comité se vea reforzado y disponga con tiempo suficiente de toda la información precisa para formar su posición antes de la reunión. Varias fueron las propuestas discutidas para su posible inclusión en el Reglamento, esencialmente relativas a las obligaciones de la Comisión en el envío de información y al propio funcionamiento interno del Comité. Sin embargo, finalmente sólo se logró que el dictamen del Comité se haga público junto con la Decisión de la Comisión y que se aprobara una Declaración Conjunta del Consejo y la Comisión en la que se prevé la posible emisión de una Comunicación sobre el refuerzo del papel del Comité<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> En el caso de España, asisten representantes del Servicio de Defensa de la Competencia.

<sup>44</sup> «El Consejo y la Comisión conceden especial importancia al asesoramiento que brindan las autoridades competentes de los Estados miembros en la evaluación de las concentraciones con arreglo al Reglamento sobre este tema. En particular, en la segunda fase del procedimiento se convoca a dichas autoridades al Comité consultivo para el control de operaciones de concentración entre empresas, que emite un dictamen sobre los proyectos de decisión de la Comisión. El Consejo

## 7. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Cuando se publique el Anuario del ICO, el nuevo Reglamento 139/2004 acabará de iniciar su andadura práctica. Cualquier conclusión es, por tanto, necesariamente provisional, preliminar, probablemente incorrecta y seguro que incompleta.

Se han introducido cambios formales y sustantivos de relevancia que generarán dudas, críticas y comentarios mucho más allá de lo que pueda intuirse a raíz de los debates que han llevado al nuevo texto normativo.

De todas formas y con todas las cautelas posibles, pueden apuntarse dos o tres conclusiones generales sobre lo que puede implicar esta reforma.

Dejar claro que el nuevo Reglamento es fruto de un importante esfuerzo por parte de todos los participantes en su elaboración. La Comisión abrió el debate sobre la reforma del sistema de control de concentraciones como un ejercicio amplio y sincero de reflexión y se ha mostrado en todo momento dispuesta a revisar sus puntos de vista y a defender el interés de las empresas. Los agentes privados han participado activamente en la consulta pública del Libro Verde y han aportado importantes opiniones y sugerencias para la elaboración del nuevo texto. Finalmente, los Estados miembros han tenido una actitud muy constructiva y han intentado lograr compromisos para tener un texto que respondiese a las necesidades apuntadas por la Comisión. El trabajo ha sido arduo y, aunque el resultado es seguramente mejorable, debe ser valorado positivamente.

En segundo lugar, es imposible predecir cuáles van a ser los efectos de los cambios introducidos, ya que, en gran medida, dependen de su propia aplicación práctica e irán concretándose a lo largo del tiempo. Así, las visiones catastrofistas sobre los efectos del cambio de test sustantivo son, a mi juicio, prematuras; la verdadera dimensión del nuevo texto se irá viendo a medida que la Comisión adopte decisiones y éstas sean revisadas o confirmadas por el Tribunal de Justicia.

Por eso, se puede lanzar un mensaje de calma: la modificación no es revolucionaria y, en esencia, supone la introducción de una cierta flexibilidad sin perder con ello la seguridad jurídica y la amplia experiencia de los últimos trece años; en principio, este cambio no debería tener

---

y la Comisión reconocen que el plazo establecido en el apartado 5 del art. 19 permite que el Comité consultivo realice una evaluación meticulosa de los proyectos de decisión, teniendo en cuenta los principales documentos sobre el caso, a fin de emitir su dictamen. La Comisión estudiará la manera de promover y consolidar el papel del Comité consultivo, integrado por las autoridades competentes, a lo largo de todo el proceso de decisión sobre una concentración. Una vez haya consultado a las autoridades nacionales encargadas de la competencia, la Comisión considerará la posibilidad de emitir una comunicación sobre el refuerzo del papel y del funcionamiento del Comité consultivo».



ninguna incidencia en la inmensa mayoría de los casos, sino dar cobertura al análisis, más económico y menos formal, hacia el que ya se venía orientando la Comisión.

De la misma forma, los nuevos mecanismos para el reenvío de expedientes pretenden dotar a la UE de 25 socios de un sistema más flexible, pero su efectividad dependerá de que todas las partes, incluidas las empresas —que tendrán un papel protagonista en la fase de prenotificación—, actúen con lealtad y coordinadamente.

Desde el punto de vista nacional, la valoración es necesariamente positiva, ya que el nuevo texto ha recogido, en general, las preocupaciones expresadas por la delegación española tanto en las reuniones preparatorias como en el debate en el Consejo; de hecho, el sistema comunitario se ha aproximado al español con esta reforma.

Desde una perspectiva más general, será preciso revisar los resultados en el medio plazo porque las bondades y deficiencias del nuevo Reglamento 139/2004 se verán en el análisis de cada caso. De momento, sólo se han puesto las bases para que el control de concentraciones en la Comunidad continúe su proceso de consolidación, en paralelo con la puesta en marcha de la “modernización” de las normas sobre conductas restrictivas y con el importante impulso que supone la ampliación.



# LA COMISIÓN COMPLETA EL “PAQUETE DE MODERNIZACIÓN”

Luis BERENGUER

Ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor, el 1 de mayo de 2004, del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, que ha supuesto un cambio sustancial en los procedimientos seguidos por la Comisión, hacía necesaria la publicación de nuevas normas y comunicaciones que permitieran la adecuada aplicación del nuevo sistema. En consecuencia, la Comisión, después de un período de información pública, ha publicado un Reglamento de la propia Comisión relativo a los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82<sup>1</sup> (Reglamento 773/2004), una Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia<sup>2</sup>, una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros<sup>3</sup>, una Comunicación sobre la tramitación de denuncias<sup>4</sup>, una Comunicación relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los arts. 81 y 82 que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación)<sup>5</sup>, una Comunicación de Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio<sup>6</sup> y, finalmente, una Comunicación sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado<sup>7</sup>. Como puede comprenderse se trata de un ambicioso conjunto de documentos que resultaban a todas luces necesarios para clarificar el nuevo sistema establecido en el Reglamento 1/2003, y que ha merecido el nombre de “paquete de modernización”. Fuera de este conjunto, pero con una cierta relación con el mismo, y en la misma fecha 27 de abril de 2004, en el *Diario Oficial* se han publicado

<sup>1</sup> DOCE, núm. L 123/18, de 27 de abril de 2004.

<sup>2</sup> DOCE, núm. C 101/03, de 27 de abril de 2004.

<sup>3</sup> DOCE, núm. C 101/04, de 27 de abril de 2004.

<sup>4</sup> DOCE, núm. C 101/05, de 27 de abril de 2004.

<sup>5</sup> DOCE, núm. C 101/06, de 27 de abril de 2004.

<sup>6</sup> DOCE, núm. C 101/07, de 27 de abril de 2004.

<sup>7</sup> DOCE, núm. C 101/08, de 27 de abril de 2004.

el nuevo Reglamento de transferencia de tecnología y sus Directrices de aplicación, lo cual constituye un notable esfuerzo de producción normativa por parte de la Comisión Europea... al tiempo que una fuente de problemas para quien ha de aplicar las nuevas normas, que han entrado en vigor el 1 de mayo.

Con carácter previo a cualquier otra consideración, debe destacarse que la importancia de los cambios introducidos por la aprobación del Reglamento 1/2003 ha producido que la mayor atención de las nuevas normas y comunicaciones ahora aprobadas haya recaído no tanto sobre los aspectos relativos al procedimiento, contenidos en el Reglamento 773 de la Comisión, como sobre el conjunto de Comunicaciones, y especialmente sobre la relativa a la aplicación del art. 81.3. Ello es lógico, ya que la desaparición del procedimiento de notificación ha producido un buen número de incertidumbres que esa Comunicación debe contribuir a despejar. En cualquier caso, se trata de un voluminoso conjunto de documentos que tratan de cubrir el vacío que el cambio de normas ha provocado. En efecto, la doctrina de las decisiones de la Comisión y la jurisprudencia producida respecto al Reglamento 17 han quedado, en alguna medida, obsoletas, y hasta tanto el transcurso del tiempo no produzca un nuevo cuerpo de doctrina, es necesario que las empresas y las asociaciones de éstas conozcan las directrices que puedan contribuir a indicarles cuáles son las pautas a seguir por la Comisión.

## 2. EL REGLAMENTO DE LA COMISIÓN 773/2004

El nuevo Reglamento, que sustituye a los Reglamentos 3385/1994 y 2842 y 2843/1998, ha sido dictado en uso de la facultad que el Reglamento 1/2003 concedió a la Comisión para regular determinados aspectos procedimentales. Contiene, en términos generales, unas normas considerablemente más precisas que las aplicables en desarrollo del Reglamento 17, que, por otra parte, se referían en buena medida al procedimiento de notificación, que ha quedado suprimido. Al mismo tiempo se debe indicar que supone un evidente avance que se sometan a las reglas procesales generales los procedimientos instruidos en materia de transportes, poniendo fin a la dualidad de procedimientos establecidos en los Reglamentos 2842 y 2843.

Hay que tener en cuenta que las reglas procesales contenidas en el Reglamento 17/1962 eran totalmente insuficientes, hasta el punto de que, en realidad, no se podía hablar de un auténtico procedimiento, sino exclusivamente de ciertas reglas muy sumarias, que habían sido completadas tanto por los Reglamentos de la Comisión que lo desarrollaban, como por las prácticas de la Comisión. La misma afirmación no se puede hacer de las normas contenidas en el Reglamento 1/2003, ya que en el mismo se contienen reglas que constituyen un auténtico procedimiento. Por lo tanto ahora, en el Reglamento 773, ya no resultan tan necesarias, como

en aquellos a los que sustituye, las reglas de procedimiento, y, en definitiva, su contenido consiste en ciertas normas que sirven para completar o detallar las contenidas en el Reglamento que desarrollan.

No varían, por lo tanto, las fases del procedimiento, que ya venían establecidas en el Reglamento 1/2003; es decir, que existen cinco fases que consisten en: Instrucción, Comunicación de cargos, Audiencia de los interesados, Emisión de Dictamen por el Comité Consultivo y, finalmente, Decisión.

Por otra parte, se debe destacar que se muestra, al igual que el Reglamento 1/2003, una especial preocupación en fortalecer los derechos de defensa de quienes intervienen en un procedimiento, consciente la Comisión que una de las críticas más recurrentes que tradicionalmente se hacían a los procedimientos en materia de competencia consistía en llamar la atención sobre el inadecuado respeto a tales derechos de defensa.

Otra de las observaciones de carácter previo que se pueden realizar se refiere a la evidente preocupación demostrada en asegurar un adecuado funcionamiento de la aplicación descentralizada de las normas comunitarias de la competencia.

El Reglamento consta de 21 artículos agrupados en siete capítulos.

#### A. ÁMBITO DE APLICACIÓN E INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El Capítulo I consta de un único artículo, en el que se limita a establecer la regla general de aplicación del Reglamento a los procedimientos instruidos por la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado.

También consta de un único artículo el Capítulo II, relativo a la incoación del procedimiento. Se podría indicar que, una vez analizado el conjunto de preceptos contenidos en este Reglamento, la ubicación sistemática de este precepto parece inadecuada. Esta afirmación cobra sentido si tenemos en cuenta que la incoación del procedimiento no equivale al inicio de las actuaciones de la Comisión, sino al momento en el que se perciben indicios, con cierto fundamento, de la existencia de la infracción, tras haber realizado ciertas averiguaciones. Por lo tanto, si no se trata de la primera de las actuaciones realizadas ante o por la Comisión, debería establecerse una sistemática que estuviera acompañada con el transcurrir de los tiempos en el expediente. Esa sistemática debería, en consecuencia, regular, en primer lugar, las denuncias (a las que el Reglamento dedica el Capítulo IV) y, a continuación, las investigaciones que la Comisión puede llevar a cabo, incluso antes de la incoación del procedimiento, es decir, la fase de instrucción. Por lo tanto, no parece propio de una adecuada sistemática que a ello se dedique el primero de los preceptos.

En cualquier caso, ese trámite que el art. 2 del Reglamento denomina como «incoación del procedimiento» implica la iniciación de unas actua-

ciones específicamente dirigidas contra una o varias empresas. A partir de que se incoe el expediente, el procedimiento cambia de orientación. Si hasta ese momento la Comisión se ha dedicado a obtener datos preliminares encaminados a averiguar la existencia de una infracción, es decir, se ha dedicado a instruir, a partir de ese momento comienza un procedimiento “acusatorio”. Pero antes de que se produzca la incoación del procedimiento, tal y como establece el art. 2.3, la Comisión podrá hacer uso de sus facultades de investigación. Puede existir, como se deduce de ese precepto, un período de tiempo en el que la Comisión inicie sus investigaciones sin que se haya incoado el procedimiento, y ello no resulta criticable siempre que ese período no se alargue innecesariamente. Hay que tener en cuenta que los derechos de los presuntos infractores estarán más limitados durante ese período preliminar, y que una dilatada instrucción realizada antes de la incoación del procedimiento puede afectar a los derechos de defensa.

El art. 2.1 del Reglamento 773 se limita a establecer que la Comisión podrá decidir «en cualquier momento» la incoación del procedimiento (tal vez debería haberse especificado que lo hará cuando se observen indicios de la existencia de una infracción de los arts. 81 y 82), pero en cualquier caso deberá hacerlo antes de la exposición del análisis preliminar a la aceptación de compromisos (art. 9.1 del Reglamento 1/2003), del envío de un pliego de cargos o de la fecha en que se publique la Comunicación prevista en el art. 27.4 del Reglamento 1/2003 para la aceptación de compromisos o la declaración de inaplicabilidad.

No se exige ninguna especial formalidad para hacer pública la incoación del procedimiento (art. 2.2), pero antes de ello deberá informarse a las partes.

## B. INVESTIGACIONES

El Capítulo III consta de dos artículos (3 y 4) y se dedica a establecer algunas normas complementarias a las contenidas en el Reglamento 1/2003. En el primero de ellos se desarrollan, bajo el poco correcto título de «Poder de recabar informaciones», algunas normas que en realidad se refieren a la modalidad en la que los Instructores de la Comisión han de realzar la toma de declaraciones. Como aportación digna de ser tenida en cuenta, en el art. 3.1 se señala que la Comisión, al entrevistar a una persona con su consentimiento, deberá indicar la base jurídica y el objeto de la entrevista. La entrevista podrá realizarse por cualquier medio, incluido el telefónico o el electrónico.

En el art. 3.3 se señala que la Comisión podrá registrar las declaraciones por cualquier procedimiento, así como que los declarantes tendrán a su disposición una copia de sus declaraciones y se les concederá un plazo para realizar correcciones.

En el segundo de los artículos contenidos en este Capítulo (art. 4) se desarrolla la facultad, contenida en el art. 20 del Reglamento 1/2003, de recabar declaraciones durante las inspecciones realizadas en el seno de las empresas. En este apartado puede destacarse la regla contenida en el art. 4.3, según la cual, cuando un empleado haya realizado manifestaciones durante la inspección, y no estuviera autorizado por la empresa o asociación de empresas para realizar tales manifestaciones, la empresa o asociación podrá rectificar tales declaraciones. Tales rectificaciones no sustituirán a la declaración efectuada por el empleado, sino que se incorporarán a la misma.

La posibilidad de realizar rectificaciones a las manifestaciones realizadas, tanto por parte de las empresas como de sus empleados, se justifica, según el considerando 4 de este Reglamento, en el hecho de que se debe conceder a los afectados una posibilidad para evitar la posibilidad de imposición de las multas impuestas en el Reglamento 1/2003 a quienes faciliten información incorrecta, incompleta o engañosa, e implica que deberá facilitarse a la empresa una copia de las declaraciones realizadas por sus empleados.

### C. DENUNCIAS

El Reglamento dedica a la denuncia los cinco artículos (5 a 9 ambos inclusive), contenidos en el Capítulo IV. La preocupación por la tramitación de las denuncias no sólo se manifiesta en estos preceptos, sino en la aprobación, dentro del “paquete de modernización”, de una Comunicación específica sobre la tramitación de denuncias, debido sin duda a la importancia que deben tener las denuncias de los interesados para alcanzar un adecuado conocimiento de la existencia de conductas contrarias a la competencia. Como se señala en el considerando 5, las denuncias constituyen una fuente fundamental para detectar las infracciones de las normas de la competencia.

Las denuncias deberán cumplir ciertos requisitos formales y contener la información que exige un formulario específico. Naturalmente, en consonancia con lo dispuesto en el art. 7 del Reglamento 1/2003, únicamente podrán presentar denuncias quienes acrediten un interés legítimo. La determinación del interés legítimo se realiza de forma detallada en la Comunicación de la Comisión relativa a las denuncias.

El art. 6 se refiere a la participación de los denunciante en el procedimiento. Como se recuerda en el apartado 59 de la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de las denuncias, los procedimientos de la Comisión no constituyen procedimientos contradictorios entre el denunciante y las empresas sujetas a investigación, por lo que los derechos de los denunciante no son tan amplios como los derechos de defensa de aquellos a quienes se incoa un procedimiento de infracción, pero, aun así, el Reglamento les concede un amplio derecho de intervención

en el procedimiento, en extremos tales como la posibilidad de formular observaciones al pliego de cargos (art. 6.1) o la intervención en la audiencia de los destinatarios del pliego de cargos (art. 6.2). También tendrá acceso a los documentos en los que la Comisión pueda basar la posible desestimación de la denuncia (art. 7.1) para poder realizar alegaciones en contra de tal desestimación. Cuando se desestime la denuncia porque una autoridad nacional de la competencia esté instruyendo un expediente, se informará al denunciante de la existencia de ese expediente (art. 9).

Los arts. 7 y 8 se refieren a la desestimación de la denuncia, que podrá realizarse cuando la Comisión estime que no hay motivos para incoar el procedimiento (art. 7), o bien cuando, de conformidad con lo establecido en el art. 7 del Reglamento 1/2003, exista una autoridad nacional de la competencia que esté tramitando o haya tramitado el asunto (art. 8).

En el supuesto regulado en el art. 7, cuando la Comisión considere que no hay motivos para instruir la denuncia, notificará al denunciante de sus razones, concediéndole un plazo para formular sus alegaciones. Si tales observaciones no convencen a la Comisión, y persiste en su intención de desestimar la denuncia, lo hará mediante Decisión.

#### D. ALEGACIONES Y AUDIENCIAS

El Reglamento dedica el Capítulo V, bajo la denominación «Ejercicio del derecho a ser oído», a una serie de preceptos relativos a las alegaciones de quienes intervienen en el procedimiento y al desarrollo de las audiencias.

El art. 10 regula las alegaciones al pliego de cargos, en las cuales no sólo se podrá argumentar cuanto convenga a la defensa, sino proponer pruebas, sean éstas documentales o testificales. Se puede destacar que en este precepto no se habla de la posibilidad de que los denunciantes realicen alegaciones al pliego de cargos, puesto que tal posibilidad ya ha sido establecida con anterioridad en el art. 6.

En el art. 11 se prevé que, al proponer una decisión, y antes de la consulta al Comité consultivo, la Comisión brindará a las partes la posibilidad de formular nuevas alegaciones. En el art. 11.2 se recoge un reconocimiento explícito de uno de los derechos de defensa: nadie podrá ser condenado en virtud de hechos o argumentos que no haya tenido la oportunidad de rebatir, ya que en caso contrario se produciría indefensión.

El art. 12 establece el derecho que corresponde a cualquier destinatario de un pliego de cargos a solicitar una audiencia, que se desarrollará ante un Consejero Auditor de acuerdo con las reglas establecidas en el art. 14.



El art. 13 contiene una de las regulaciones más controvertidas del Reglamento, en tanto que recoge la intervención en el procedimiento de terceros interesados distintos del denunciante. La principal dificultad radica en el hecho de que a estos interesados se les exige para poder intervenir en el procedimiento la acreditación de un "interés suficiente", concepto este diferente al de «interés legítimo» al que se refiere el art. 5 del Reglamento, por lo que cabe preguntarse si ambos conceptos son o no equivalentes. En principio no parecen existir dificultades para asimilar ambos conceptos.

Por otra parte, se pone de manifiesto una cierta confusión al hablar de quienes tienen derecho a intervenir en la audiencia, confusión sin duda producida por una inadecuada sistemática. En efecto, en el art. 13.1 se recoge la posibilidad de que formule observaciones por escrito quien acredite interés, además de los denunciantes (art. 5) y aquellos otros a quienes, a tenor de lo dispuesto en el art. 11, se les haya ofrecido la posibilidad de intervenir en el procedimiento. El art. 13.2 señala que podrán intervenir en la audiencia las partes mencionadas en el párrafo 1. Por su parte, en el art. 13.3 se establece que la Comisión podrá brindar a cualquier tercero que acredite interés suficiente a formular observaciones durante la audiencia. Finalmente, la Comisión podrá invitar a cualquier persona a expresar sus observaciones, tanto por escrito como en la audiencia, contra la parte contra la que hubiera formulado objeciones.

El problema consiste en delimitar todos estos supuestos y establecer la diferencia entre los supuestos de los números 1 y 3. A los interesados mencionados en el primer supuesto se les exige acreditar un interés suficiente, interés que no se exige a quienes se menciona en el art. 13.3. Todos estos supuestos, unidos al hecho de que las audiencias no son públicas y que a ellas sólo se invita a las personas que han de ser oídas (art. 14.2), producen un cierto desconcierto en cuanto a la cualidad de quienes tienen la facultad de intervenir en la audiencia y la posición procesal de cada uno de ellos en un procedimiento que, como se ha señalado, no es contradictorio. Según el considerando 10, estos intervinientes diferentes del denunciante no son parte en el procedimiento.

#### E. ACCESO AL EXPEDIENTE Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

El Capítulo VI del Reglamento regula los extremos referidos al acceso al expediente y el tratamiento de la información confidencial. El art. 15 se refiere al acceso al expediente, que exclusivamente se concede a los encausados y tras serles comunicado el pliego de cargos. Se produce aquí un desequilibrio entre los derechos procesales de las partes, pues no rige el principio de igualdad de armas, lo cual se justifica, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, en el hecho de que no se trata de un procedimiento contradictorio. Este derecho al acceso al expediente queda limitado en el art. 15.2, ya que no alcanza a los documentos internos de la

Comisión y las autoridades nacionales de competencia, ni a la correspondencia entre éstas, lo cual no resulta explicable porque de tal documentación puede deducirse información que resulte necesaria para ejercitar los derechos de defensa. En cualquier caso, las consecuencias negativas de este extremo quedan, en buena medida, paliadas por la regla contenida del art. 11.2, según la cual la Comisión únicamente se basará en aquellas objeciones sobre las cuales los encausados hayan tenido ocasión de formular observaciones.

Uno de los problemas más recurrentes en los procedimientos en materia de competencia consiste en el tratamiento que ha de darse a la información de carácter confidencial presentada por las empresas, bien para fundar una denuncia, bien para realizar argumentos exculpatorios. A él dedica el Reglamento el art. 16. En el art. 16.1 se contiene una declaración general en virtud de la cual existe un derecho de las empresas a señalar que una parte de la información que faciliten sea declarada confidencial, mediante un trámite que se regula en los apartados siguientes. En el art. 16.2 se señala que todo interviniente en el procedimiento podrá indicar los extremos de los documentos que presente que, en su opinión, deben ser declarados confidenciales, así como presentar una versión no confidencial de tales documentos.

En el Reglamento definitivamente aprobado se ha suprimido cuanto se establecía en un primitivo art. 17 del proyecto, en el que se preveía la posibilidad de que la Comisión pudiera divulgar información considerada confidencial, estableciendo un procedimiento a tal efecto. Cabe preguntarse si la supresión de ese proyecto de precepto impide a la Comisión levantar la confidencialidad, pero la respuesta ha de ser negativa si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 15.3 de este mismo Reglamento, que establece que no existe en el mismo disposición alguna que impida a la Comisión utilizar o difundir la información necesaria para demostrar una infracción de los arts. 81 y 82. En ese mismo sentido, el considerando 14 señala que la Comisión, cuando deba acudir a un elemento confidencial para acreditar una infracción, deberá sopesar si la necesidad de divulgarlo es superior al daño que pueda derivarse de la divulgación. Queda así clara la posibilidad de divulgar información confidencial si resulta necesaria para demostrar la existencia de una infracción, si bien resulta criticable la supresión de un precepto que regulaba el procedimiento para el levantamiento de la confidencialidad.

De acuerdo con las varias veces citada disposición contenida en el art. 11.2, que responde a un principio ya recogido en el art. 27.1 del Reglamento 1/2003, no se podrá fundamentar una decisión condenatoria en datos contenidos en una información confidencial sobre la que la parte condenada no haya tenido ocasión de argumentar, pero cabe preguntarse si puede fundamentarse una decisión absolutoria en tales datos. La respuesta sería negativa en el supuesto de que el procedimiento fuera contradictorio y se entendiera vigente el principio de igualdad de armas, pero ese principio no está vigente en este procedimiento, por lo que no

parece inconveniente en admitir que tal pueda ser así. En refuerzo de esta argumentación es posible acudir a lo señalado en el mencionado considerando 14, que únicamente prevé el levantamiento de la confidencialidad «para probar una infracción».

#### F. DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES

El Reglamento dedica el último de sus capítulos a regular las disposiciones generales y finales, estableciendo los criterios para fijar los plazos para los distintos trámites (art. 17), las derogaciones (art. 18), las disposiciones transitorias (art. 19) y, finalmente, la entrada en vigor (art. 20), que tendrá lugar el día 1 de mayo de 2004, coincidiendo con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003.

### 3. COMUNICACIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA

El Reglamento 1/2003 ha supuesto un impulso considerable para la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, tanto por las autoridades nacionales de la competencia como por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Tales aplicaciones ya estaban previstas con anterioridad, en parte como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien en el nuevo sistema, como consecuencia de la aprobación del Reglamento 1/2003, esa aplicación no sólo va a incrementarse (por ejemplo, desaparece el monopolio de la Comisión para la aplicación del art. 81.3), sino que va a estar sometida a reglas más precisas. Por ello resultaba a todas luces necesario derogar las Comunicaciones existentes<sup>8</sup> y sustituirlas por otras nuevas que tuvieran en cuenta la nueva regulación contenida en el Reglamento. Por ello la Comisión ha publicado la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia<sup>9</sup> y la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE<sup>10</sup>.

#### A. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA COOPERACIÓN EN LA RED DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Como consecuencia de las normas contenidas en el Reglamento 1/2003, relativas a la aplicación descentralizada, y para facilitar la cooperación

<sup>8</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales (DOCE, núm. C 39, de 13 de febrero de 1993) y Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros (DOCE, núm. C 313, de 15 de octubre de 1997).

<sup>9</sup> DOCE, núm. C 101/03, de 27 de abril de 2004.

<sup>10</sup> DOCE, núm. C 101/04, de 27 de abril de 2004.

entre diferentes autoridades, se ha creado una Red de Autoridades de Competencia en la que se integran la Comisión y las autoridades nacionales de los países miembros <sup>11</sup>. El funcionamiento de esa Red plantea problemas que es preciso resolver. Por ello, para establecer las normas que van a regir en los procedimientos en los que se persigan las conductas prohibidas por los arts. 81 y 82 del Tratado en los que puedan intervenir más de una de esas autoridades, así como para fijar las reglas de cooperación entre ellas, la Comisión ha publicado una Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia <sup>12</sup>.

En la Comunicación, tras una introducción en la que se destacan las diferencias entre las distintas autoridades nacionales, se plantean dos grandes problemas que están referidos, en primer lugar, al funcionamiento de la Red (división del trabajo) y, en segundo término, a la aplicación coherente de las normas comunitarias de la competencia. Finalmente dedica un apartado al funcionamiento del Comité Consultivo de Competencia.

#### a) *Mecanismos de asignación de casos*

El capítulo de la Comunicación relativo a la división del trabajo se plantea, en primer lugar, los problemas para realizar el reparto de los casos más eficaz posible cuando cabe la actuación de diferentes autoridades. Desde el inicio se establece la preferencia a favor de que sea una única autoridad la que tramite el caso, optando por la regla según la cual, en principio, la autoridad que inicia el procedimiento deberá seguir siendo competente. Exclusivamente se hará una reasignación, que deberá ser rápida y eficaz, en el supuesto de que, con el cambio, se consiga una más eficaz protección de la competencia. Una sola autoridad actuará cuando las conductas afecten principalmente a su territorio o bien, si afectan a varios, si se encuentra en disposición de adoptar medidas para poner fin de manera efectiva a la infracción.

Por el contrario, actuarán varias autoridades de manera concurrente cuando los efectos de la infracción tengan lugar en el territorio de varias autoridades y la actuación de una sola de ellas no baste para ponerle fin. En ese caso es conveniente que una de las autoridades actúe como coordinadora.

Finalmente se considera que la Comisión estará mejor situada cuando las infracciones tienen lugar en más de tres Estados miembros o bien cuando existe interés comunitario.

<sup>11</sup> Ver la declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, en <http://register.consilium.eu.int>.

<sup>12</sup> DOCE, núm. C 101/03, de 27 de abril de 2004.

b) *Mecanismos de cooperación para el reparto de asuntos y asistencia*

En este apartado se sistematizan y aclaran algunas de las normas contenidas en el Reglamento 1/2003 para el reparto de casos, tales como la necesidad de intercambio de información (art. 11) y la necesidad de que se deba alcanzar un acuerdo sobre la autoridad que tramitará el caso, o sobre las modalidades de tramitación, en el plazo de dos meses. Transcurrido este período sólo tendrá lugar un cambio de atribución cuando se averigüen hechos que cambien el curso del procedimiento. En la Comunicación no se incluye, más allá de esa declaración en favor de la necesidad de alcanzar un acuerdo, como tampoco lo hace el Reglamento, un mecanismo para la resolución de conflictos en el supuesto de que no se alcance el acuerdo entre las distintas autoridades.

Igualmente se contienen reglas interpretativas para los supuestos de suspensión o archivo del procedimiento (art. 13 del Reglamento 1/2003). En la Comunicación se señala que el concepto «instrucción del asunto», a que se refiere el indicado art. 13, significa no sólo que se ha presentado una denuncia ante una autoridad, sino que ésta investiga o ha investigado un asunto por su cuenta. Se aclara igualmente que la norma que permite la suspensión o el archivo de un procedimiento porque esté siendo tramitado por otra autoridad se puede aplicar de forma parcial, es decir, exclusivamente a una parte de la denuncia o procedimiento de oficio.

El art. 12 del Reglamento del Consejo prevé los supuestos de intercambio y uso de información confidencial entre autoridades de competencia, y, como se encarga de recordar la Comunicación, ese precepto tiene primacía sobre cualquier Ley nacional contraria. La Comisión analiza las salvaguardias existentes en el Reglamento para que este intercambio de información confidencial no sufra distorsiones: que no pueda ser divulgada, que solamente pueda ser utilizada para el asunto para el que se haya recogido y, finalmente, que la información no pueda utilizarse de forma que se eluda el mayor grado de protección que gozan los particulares (art. 12.3). Este último apartado implica que si los regímenes jurídicos de quien transmite la información y quien la recibe no establecen el mismo tipo de sanciones, la información sólo puede utilizarse si se ha respetado el mismo nivel de protección de los derechos de defensa de las personas físicas en el asunto en cuestión, lo cual implica, por ejemplo, que sólo podrán imponerse penas privativas de libertad cuando tanto la autoridad remitente como la receptora están facultadas para imponerlas.

Finalmente se analizan las cuestiones referidas a las investigaciones (art. 22), aclarando que cuando una autoridad practique una investigación a petición de otra, lo hará con arreglo a sus propias normas de procedimiento y a su propia potestad investigadora. Cuando la Comisión solicite a una autoridad nacional la práctica de una prueba, sus agentes podrán prestar asistencia durante la inspección, posibilidad que no se prevé cuando sea una autoridad nacional la que solicite la actuación.

### c) *Situación de las empresas*

En este apartado se realiza una declaración inicial que no por obvia resulta intrascendente: los criterios establecidos en el Reglamento y la Comunicación no otorgan derechos individuales a las empresas afectadas para que un asunto sea tramitado por una autoridad concreta, alejando de esta manera el fantasma del *forum shopping*, que tanto había alertado durante el debate existente, tanto durante la tramitación del Libro Blanco sobre Modernización como la del Reglamento 1/2003. Otra cosa es que, a la hora de la aplicación, pueda haber maniobras procesales para buscar la competencia de la autoridad que pueda parecer más conveniente para determinados intereses, pero ello deberá ser resuelto por un adecuado funcionamiento de la Red y constituirá la prueba del fuego de ese funcionamiento.

Dentro de este capítulo, la Comunicación dedica un buen número de comentarios a las cuestiones relacionadas con la aplicación de los programas de clemencia. Se aclara que la solicitud de clemencia sólo se considerará presentada ante la autoridad ante la que se realice. La información facilitada por el solicitante de clemencia será transmitida a los otros miembros de la Red, pero no podrá ser utilizada por éstos para abrir una investigación más que con el consentimiento de dicho solicitante, salvo en tres supuestos: que también se haya realizado dicha solicitud ante la autoridad receptora cuando la autoridad receptora presente un compromiso de no utilizar esa información para imponer sanciones a los beneficiarios de la solicitud de clemencia o, finalmente, cuando se trate de una información recabada por una autoridad a quien se haya solicitado la colaboración en la investigación, que podrá ser remitida a la autoridad que haya pedido tal colaboración si esta última es la que ha recibido la solicitud de clemencia.

### d) *Aplicación coherente de las normas comunitarias*

Una de las mayores preocupaciones que surgen cuando existe una aplicación descentralizada de las normas de la competencia consiste en arbitrar sistemas que aseguren que la aplicación de las normas por distintas autoridades sea la más uniforme posible. Resulta obvio que tal uniformidad —o coherencia para seguir con la terminología utilizada en la Comunicación— será difícil de conseguir, ya que las mismas normas pueden ser aplicadas por órganos que no están sometidos a una jurisprudencia unificadora, y el único recurso al planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia puede resultar insuficiente. Por ello, tanto el Reglamento del Consejo como la Comunicación se preocupan de arbitrar medios que faciliten tal coherencia en la aplicación. La responsabilidad para ello se atribuye, aun con carácter no exclusivo, a la Comisión.

Los instrumentos están previstos en el Reglamento 1/2003, especialmente en su art. 11.4, que exige la información a la Comisión de cualquier proyecto de resolución que aplique las normas comunitarias de la competencia. A tal fin, al menos treinta días antes de su adopción, se remitirá a la Comisión un resumen del asunto, de la decisión prevista o, en su defecto, de cualquier documento en el que se indique la línea de acción propuesta. En tal caso, la Comisión podrá hacer observaciones y, si no las hiciere, la autoridad podrá dictar su resolución. También podrá la autoridad poner en conocimiento de la Comisión otras decisiones tales como la desestimación de denuncias, el archivo del procedimiento o la adopción de medidas cautelares.

Un segundo grupo de supuestos lo constituyen los casos en los que sea posible abrir diferentes procedimientos por los mismos hechos ante autoridades diferentes. Pueden plantearse dos situaciones. La primera de ellas consiste en que la Comisión haya incoado en primer lugar un procedimiento. En tal caso las restantes autoridades ya no podrán incoar su propio procedimiento. La segunda situación consiste en que una o más autoridades nacionales hayan incoado un procedimiento. En tal supuesto la Comisión podrá recabar la competencia en cualquier caso en el período inicial de dos meses previsto para la asignación de los casos. Tras esa fase, la Comisión podrá recabar el conocimiento del asunto, siempre de forma fundada, cuando los miembros de la Red prevean dictar resoluciones contradictorias, cuando la decisión entre en conflicto con la jurisprudencia consolidada, cuando se alargue indebidamente el procedimiento, cuando sea preciso adoptar una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de la competencia o cuando la autoridad interesada no se oponga. Si no existiera conformidad, la autoridad implicada podrá solicitar la reunión del Comité Consultivo.

#### e) *El Comité Consultivo*

El Comité Consultivo previsto en el Reglamento será consultado antes de que la Comisión adopte una decisión prevista en los arts. 7, 8, 9, 10, 23, 24.2 y 29.1. También deberá consultado por iniciativa de la Comisión o por cualquier Estado miembro. También deberá ser el foro de debate para el reparto de asuntos.

### B. COMUNICACIÓN RELATIVA A LA COOPERACIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen el Derecho comunitario de la competencia ha sido posible a tenor de una reiterada jurisprudencia desde la Sentencia de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht*)<sup>13</sup>, y, aun con la vigencia

<sup>13</sup> *Rec.*, 1973, As. 48/72.

del Reglamento 17, precisó de la publicación de una Comunicación <sup>14</sup>, que ahora es sustituida por la de 27 de abril de 2004. La aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia presenta problemas que la Comunicación, en desarrollo de lo establecido en el Reglamento, se preocupa de resolver. No cabe duda que los mayores problemas se plantean a la hora de arbitrar un sistema que permita la colaboración prevista en las normas comunitarias entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales; colaboración que, al menos en los términos allí previstos, no siempre resulta fácil a tenor de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ello, en la Comunicación se reitera que, en virtud de la prevalencia del Derecho comunitario, se deberá prescindir de las normas que lo impidan <sup>15</sup>, o bien los Estados miembros deberán adoptar las normas procesales pertinentes <sup>16</sup>.

La Comunicación plantea dos grupos de problemas diferentes: por un lado, se contemplan tanto los supuestos de aplicación concurrente o posterior de las normas comunitarias de la competencia, tanto por la Comisión como por los órganos jurisdiccionales, y, en segundo lugar, las modalidades de cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales.

a) *Aplicación de las normas de la competencia tanto por la Comisión como por los órganos jurisdiccionales*

En el primero de los apartados, es decir, cuando un mismo asunto pueda ser tramitado tanto por la Comisión como por un órgano jurisdiccional nacional, pueden plantearse diversas circunstancias. Si el órgano jurisdiccional va a llegar a una decisión antes de que se pronuncie la Comisión, puede preguntar a la Comisión si ha iniciado un procedimiento por el mismo tema y el estado en el que se encuentra el asunto, llegando a poder suspender el procedimiento hasta que la Comisión llegue a una decisión, en cuyo caso podrá plantearse la conveniencia de adoptar medidas cautelares. Pero si el órgano jurisdiccional no alberga dudas razonables sobre la decisión de la Comisión, o bien ésta ya hubiera resuelto un asunto similar, podrá proseguir su procedimiento sin necesidad de realizar tal consulta.

Dentro del mismo apartado, un segundo supuesto lo constituye el hecho de que la Comisión ya haya adoptado una decisión sobre el mismo conflicto, de cuya decisión no deberá separarse el órgano jurisdiccional. Si éste tiene dudas sobre la decisión de la Comisión, deberá plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, o esperar la sentencia

<sup>14</sup> Comunicación de 13 de febrero de 1993 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 (*ahora 81 y 82*) del Tratado CEE (DOCE, núm. C 039, de 13 de febrero de 1993, pp. 0006-0011).

<sup>15</sup> Párrafo 9 de la Comunicación.

<sup>16</sup> Párrafo 17 de la Comunicación.



de los Tribunales comunitarios, si la decisión hubiera sido impugnada, con suspensión del procedimiento. También en este caso de suspensión del procedimiento se podrán adoptar medidas cautelares.

b) *Cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales*

El segundo de los apartados de la Comunicación pretende resolver los diversos supuestos en los que cabe la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales.

En primer lugar se plantean los problemas que surgen de la actuación de la Comisión como *amicus curiae*, es decir, cuando interviene en un procedimiento en el que no es parte y que se tramita ante un órgano jurisdiccional nacional. Indudablemente se trata del capítulo en el que se manifiesta con mayor intensidad la necesidad de modificación de la legislación procesal para arbitrar los sistemas en los que esa participación puede tener lugar, tal y como señala la propia Comunicación, ya que, aunque lo previsto en el Reglamento 1/2003 sea directamente aplicable, las modalidades en las que esa intervención ha de llevarse a cabo deberán hacerse de acuerdo con lo establecido en la legislación procesal nacional. En el caso español, sin ir más lejos, resulta necesaria la modificación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual, por cierto, comienza a ser urgente.

En este punto, tres son los supuestos en los que, a tenor de lo previsto en el Reglamento y la Comunicación, puede haber la intervención de la Comisión. En primer lugar, mediante la transmisión de la Comisión de la información que obre en su poder, transmisión que deberá ser realizada en el plazo de un mes desde que se reciba la solicitud del órgano jurisdiccional. La Comisión deberá respetar las garantías respecto de la información de carácter confidencial y secretos comerciales que remita y, por ello, cuando remita información de ese carácter, deberá asegurarse que el órgano jurisdiccional garantice esa confidencialidad.

El segundo supuesto lo constituye la posibilidad de que el órgano jurisdiccional solicite la remisión de un dictamen sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de competencia. El órgano jurisdiccional podrá solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre cuestiones económicas, jurídicas o de hecho, y la Comisión, en su respuesta, deberá abstenerse de entrar a considerar el fondo del asunto. Indudablemente, la opinión de la Comisión no tendrá carácter vinculante.

Finalmente, la Comisión podrá presentar observaciones al órgano jurisdiccional con la finalidad de lograr una aplicación coherente de las normas comunitarias de la competencia. Podrá hacerlo por escrito, lo cual podrá hacer por propia iniciativa, o bien de forma oral, en este caso exclusivamente con la venia del órgano jurisdiccional.

En este último aspecto resulta imprescindible la modificación de las legislaciones procesales nacionales, y para ello deberá arbitrase

un procedimiento que, según la Comunicación, deberá respetar determinados principios: ser compatible con los principios generales del Derecho comunitario; de acuerdo con el principio de eficacia no debe hacer imposible o sumamente difícil la presentación de las observaciones, y, finalmente, no debe aportar más dificultades que las existentes en un procedimiento en el que se aplique el Derecho nacional equivalente (principio de equivalencia).

En este apartado, el último grupo de reglas se refiere a la cooperación que deben realizar los órganos jurisdiccionales, que consiste en la obligación que, a tenor de lo dispuesto en el art. 15.2 del Reglamento, asumen los Estados de remitir a la Comisión las sentencias en las que se hayan aplicado los arts. 81 y 82 del Tratado, y la obligación de los órganos jurisdiccionales de prestar apoyo a las labores de inspección realizadas por la Comisión en el Estado miembro de que se trate.

#### 4. COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN QUE DESARROLLAN LOS CONCEPTOS ESENCIALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO

Dentro de este capítulo la Comisión ha publicado dos Comunicaciones: la consistente en las Directrices relativas al concepto de “efecto sobre el comercio” contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, y las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado.

##### A. DIRECTRICES SOBRE EL CONCEPTO DE “EFECTO SOBRE EL COMERCIO”

Las normas sobre la competencia contenidas en los arts. 81 y 82 del Tratado prohíben y persiguen las conductas que no sólo sean contrarias a la libre competencia, sino que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. La presencia o ausencia de esa afectación resulta necesaria para la aplicación, según los casos, de la normativa comunitaria o nacional de la competencia, por lo que la Comisión ha decidido aprobar esta Comunicación para aclarar el concepto, lo cual constituye una necesidad, máxime en un escenario de aplicación descentralizada de las normas comunitarias.

En realidad buena parte de la Comunicación está dedicada a sistematizar los principios desarrollados por la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, al tiempo que establece la regla acerca de los supuestos en los que los acuerdos no pueden afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros. Para que se infrinjan las normas comunitarias de la competencia no basta que exista una posible afectación al comercio entre los Estados miembros, sino que, además, se precisa que esa afectación sea “apreciable”, término que equivale al de la afectación “significativa” acuñado por la jurisprudencia.

Con carácter general se establecen tres criterios según los cuales debe considerarse aplicable el art. 81, y otro supuesto en que se deberá aplicar el art. 82.

Procederá la aplicación del art. 81, en primer lugar, cuando el acuerdo, en su conjunto, pueda producir una afectación al comercio intracomunitario; en segundo lugar, también se aplicará aunque la participación de una determinada empresa no produzca ese efecto si el acuerdo, por sí mismo, es susceptible de afectar a ese comercio, y, finalmente, se aplicará igualmente aun cuando un acuerdo en su conjunto no sea restrictivo, si alguno de sus extremos produce esa afectación. Así, por ejemplo, un acuerdo de distribución que prohíba las exportaciones producirá tal afectación.

En cuanto respecta al art. 82, la afectación al comercio entre Estados miembros deberá deducirse del análisis de la conducta global de la empresa, y no será necesario analizar cada conducta de forma aislada.

Se analizan a continuación las tres nociones básicas: el concepto de “comercio entre Estados miembros”, la noción “pueda afectar” y el concepto de “apreciabilidad”.

El concepto de “comercio entre Estados miembros” abarca a toda actividad transfronteriza, más allá del concepto estricto de comercio, así como a todos los supuestos en los que las conductas afectan a la estructura de la competencia en el mercado. En definitiva, debe haber un impacto posible en el flujo de bienes y servicios u otras actividades económicas en, al menos, dos Estados miembros.

La noción “pueda afectar” implica una presunción de que la conducta pueda tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre los Estados miembros, conceptos estos que son ampliamente desarrollados en la Comunicación, a tenor de los criterios establecidos por la jurisprudencia.

Finalmente el concepto de “apreciabilidad” implica que las conductas no resultan prohibidas por los arts. 81 y 82 cuando, habida cuenta la débil posición de las empresas en el mercado en cuestión, sólo afectan de manera insignificante al comercio intracomunitario. La apreciabilidad puede medirse tanto en términos absolutos (volumen de negocios) como relativos (cuota de mercado), y su evaluación debe realizarse dependiendo de las circunstancias de cada caso, tales como la naturaleza de acuerdo o práctica, de los productos cubiertos y de la posición en el mercado de las empresas interesadas.

La cuantificación de la apreciabilidad se realizará teniendo en cuenta la regla según la cual, en cualquier caso, se producirá cuando la cuota de mercado de las partes en cualquiera de los afectados sea igual o superior a 5 por 100, y cuando en los acuerdos horizontales, el volumen de negocios de las empresas interesadas correspondientes a los productos cubiertos, sea superior a los 40 millones anuales de euros, cifra que, en el supuesto de los acuerdos verticales, ha de referirse al proveedor.

La Comunicación termina haciendo un detallado análisis de supuestos en los que debe considerarse que se cumple el requisito a afectación al comercio entre Estados miembros, a tenor de la jurisprudencia, diferenciando entre los acuerdos y prácticas que abarcan varios Estados miembros, de los que sólo abarcan un Estado o una parte del mismo, y, finalmente, las conductas referidas a importaciones y exportaciones con empresas radicadas en terceros países o que atañen a empresas radicadas en terceros países.

#### B. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE DIRECTRICES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 3 DEL ART. 81 DEL TRATADO

Sin duda se trata del documento más esperado por las empresas y los profesionales, de los que componen el “paquete de modernización”. Obviamente también el que más debate ha ocasionado, y el que mayores modificaciones ha sufrido desde que se publicó el proyecto hasta su definitiva versión. El hecho de que haya desaparecido el procedimiento de notificación, por el que se podían autorizar los acuerdos por una decisión de la Comisión, acuerdos que, estando incluidos en el art. 81.1, podían acogerse al supuesto del art. 81.3, y que, en el futuro, las empresas deban tener que demostrar que se reúnen tales requisitos, tanto ante la Comisión, como ante los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia nacionales, hacía necesario la existencia de unas precisas directrices que sirvieran de orientación para conocer qué conductas podrían considerarse incluidas en el art. 81.3, sin el paraguas de una decisión formal. Por esa razón, tanto las empresas como los propios Estados miembros solicitaron la publicación de estas Directrices.

La Comunicación que contiene las Directrices comienza, desde el primer párrafo, con la declaración que resume el contenido de la reforma esencial del Reglamento 1/2003. Los acuerdos incluidos en el art. 81.1 que reúnan las características del art. 81.3 gozarán de validez y vigencia «sin que sea necesaria decisión previa alguna al efecto», tomando las palabras del art. 81.2 del Tratado, cuando determina la nulidad de los acuerdos incluidos en el art. 81.1.

Las Directrices existentes en materia de restricciones verticales y sobre acuerdos de cooperación horizontal<sup>17</sup> no quedan derogadas por la presente Comunicación que, aunque solape algunos de los puntos, goza de un enfoque más general. En cualquier caso, los criterios contenidos en estas Directrices se aplican igualmente a los supuestos contemplados en las Directrices anteriormente mencionadas.

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a las restricciones verticales (DOCE, núm. C 291, de 13 de octubre de 2000), y Comunicación de la Comisión sobre las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE, núm. C 3, de 6 de enero de 2001).

En la Comunicación se realiza un detallado comentario de los supuestos incluidos en el art. 81 del Tratado, tanto en su número 1 como en su número 3. Parte de la obvia afirmación de que para poder aplicar el art. 81.3 debe tratarse de un acuerdo, decisión o práctica anticompetitivo, y que afecte al comercio entre los Estados miembros, y, desde ese inicio, desmenuza los supuestos del art. 81.1.

a) *Consideraciones sobre el art. 81.1 del Tratado*

Parte, en primer lugar, de la afirmación de que el art. 81 no contempla conductas unilaterales, sino que persigue la coordinación de comportamientos o la colusión entre las empresas, ya que rige el principio general, establecido en la jurisprudencia, según el cual cada agente debe seguir, de modo autónomo, la conducta que quiera seguir en el mercado. Para que exista coordinación de comportamientos basta que una empresa se comprometa con otra a seguir determinado comportamiento en el mercado, o que, de resultas de contactos entre ambas empresas, quede disminuida la incertidumbre sobre sus conductas en el mercado.

Se establecen seguidamente algunos principios básicos para la evaluación de los acuerdos, a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1, partiendo del principio de que tal evaluación debe llevarse a cabo en el contexto desde el cual se desarrollaría la competencia de no existir el acuerdo. A tales efectos debe atenderse a la repercusión del acuerdo tanto intermarca como intramarca.

Dentro de este apartado se realiza un análisis sobre la diferenciación entre los acuerdos que tengan por objeto o que tengan por efecto restringir la competencia, detallando una enumeración de las restricciones de uno y otro supuesto, pero centrándose especialmente en los supuestos en los que los acuerdos tienen como efecto la restricción de la competencia. A tales efectos, se señala que deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales, pero, en cualquier caso, deben ser sensibles. Existirán efectos negativos cuando se cree o refuerce un poder de mercado, aun cuando en la Comunicación se ha aclarado que el grado de poder de mercado que se requiere para la infracción del art. 81.1 es inferior al que se requiere para determinar que existe posición dominante, a efectos del art. 82.

Finalmente, en el capítulo relativo a los comentarios relacionados con el art. 81.1 termina la Comunicación haciendo un comentario a las restricciones accesorias, es decir, a todas aquellas restricciones a la competencia directamente relacionadas con la realización de una operación no restrictiva y necesarias para la misma. Cuando un acuerdo no tiene por objeto o efecto restringir la competencia, tampoco se aplicará el art. 81.1 a las restricciones accesorias.

## b) Consideraciones sobre el art. 81.3 del Tratado

En realidad, los comentarios referidos a la aplicación del art. 81.3 constituyen la parte fundamental de la Comunicación, ya que los comentarios referidos al art. 81.1 resultan pertinentes tan sólo en la medida que, para aplicar el art. 81.3, se precisa que exista un acuerdo que infrinja el art. 81.1. En definitiva, el análisis que se ha de hacer a tenor del art. 81.3 consiste en la evaluación de los efectos económicos positivos que puedan tener los acuerdos restrictivos. Para que pueda realizarse tal aplicación será necesario determinar si se cumplen la totalidad de las condiciones contenidas en el art. 81.3. Si no se cumplen tales condiciones, no podrá entrar en juego la exención, y puede llegar a retirarse la exención por categorías, lo cual podrá ser realizado por una autoridad nacional, para el territorio al que alcanza su competencia, o parte de él, pero tal retirada no podrá ser llevada a cabo por un órgano jurisdiccional.

Con carácter previo, la Comunicación establece algunos principios generales. En primer lugar, las cuatro condiciones del art. 81.3 son acumulativas, de modo y manera que en ausencia de una sola de ellas el acuerdo no puede acogerse a la exención que el citado párrafo permite. En segundo lugar, la evaluación de los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos se ha de llevar a cabo dentro de los límites de cada mercado de referencia. En tercer lugar, la evaluación de los acuerdos debe efectuarse en el contexto real en el que se producen y según los hechos de un momento determinado, pero cuando un acuerdo constituye un acontecimiento irreversible, en virtud del cual, cuando se ha aplicado el acuerdo restrictivo, es imposible el restablecimiento de la situación *ex ante*, la evaluación debe realizarse de acuerdo con los hechos en el momento de realización del acuerdo.

Cualquier tipo de acuerdo puede acogerse a la excepción del art. 81.3, pero, en general, las restricciones más graves previstas en los Reglamentos de exención por categorías no cumplen, al menos, las dos primeras condiciones de ese precepto. Finalmente, la Comunicación entra de lleno en el debate entre competencia desleal/libre competencia cuando afirma que no hay acuerdos restrictivos que se justifiquen por garantizar las condiciones leales de competencia en el mercado. La tarea de que las condiciones de competencia sean equitativas corresponde al legislador y las empresas no deben regularse a sí mismas.

A renglón seguido se analizan las cuatro condiciones del art. 81.3, alterando en el orden expositivo la exposición de las condiciones segunda y tercera.

### i) Las mejoras en la eficiencia

Según la primera de las condiciones, el acuerdo debe contribuir a mejorar la producción de los productos (también deben incluirse a los

servicios) o a fomentar el progreso técnico o económico. En este apartado únicamente deben incluirse los beneficios objetivos, puesto que las eficiencias no deben evaluarse desde el punto de vista subjetivo. Por otra parte, debe existir una relación de causalidad entre el acuerdo y las supuestas mejoras de eficiencia. En consecuencia, las mejoras de eficiencia deberán justificarse de modo que puedan verificarse los siguientes puntos:

- La naturaleza de las eficiencias, para determinar si puede ser tomada en consideración.
- El vínculo entre el acuerdo y las eficiencias, es decir, si existe una relación directa de causalidad.
- La probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada.
- Cómo y cuándo se obtendrá la supuesta eficiencia. Este punto, junto con el anterior, permite determinar el valor de las eficiencias alegadas, para determinar si compensan el aspecto anticompetitivo del acuerdo. En consecuencia, se debe calcular con la mayor exactitud posible el valor monetario de las eficiencias y describir detalladamente el método de cálculo.

La Comunicación, como ha quedado expuesto, establece un detallado método de análisis para la determinación de las eficiencias que contrasta (en el sentido de ser considerablemente superior) con el habitualmente seguido, al menos por las autoridades españolas de la competencia, para la concesión de autorizaciones singulares. Y, en cualquier caso, el contenido de esta Comunicación y el exhaustivo análisis que se realiza de los supuestos de hecho que se pueden plantear sirven para alejar cualesquiera críticas que en el momento de publicación del Libro Blanco sobre Modernización de las normas comunitarias de la competencia se formularon por diversos sectores, en especial relativas a la pérdida de la seguridad jurídica.

Tras definir las eficiencias como «el resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que ésta podrá llevar a cabo con mayor eficacia», la Comunicación realiza, por vía de ejemplos, una enumeración no exhaustiva de tipos de eficiencias, diferenciando las eficiencias de costes de las cualitativas.

Entre las eficiencias de costes se citan: la creación de nuevas técnicas y métodos de producción; las sinergias derivadas de la integración de activos las que son el resultado de economías de escala; las de alcance, que son las producidas cuando las empresas reducen sus costes mediante la fabricación de productos diferentes a través de los mismos factores de producción, y las que son fruto de acuerdos que permitan una mejor planificación de la producción, reduzcan la necesidad de mantener costosas existencias y permitan la mejor utilización de las capacidades.

Por otra parte, las eficiencias cualitativas se pueden producir en los acuerdos de investigación y desarrollo; los acuerdos de combinación de

activos, que no sólo pueden producir reducción de costes, sino también ofrecer eficiencias cualitativas, y los acuerdos de distribución.

ii) Carácter indispensable de las restricciones

La tercera de las condiciones del art. 81.3 (analizada en segundo lugar en la Comunicación) exige que el acuerdo restrictivo no debe imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar las eficiencias creadas por el mismo, y para llegar a esa conclusión es necesario realizar un doble examen.

En primer lugar, es necesario determinar que las eficiencias son específicas del acuerdo, es decir, que no existe otra manera viable y menos restrictiva de alcanzarlas; y, en segundo lugar, es necesario analizar el carácter indispensable de todas y cada una de las restricciones.

iii) Participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante

En este apartado comienza aclarándose en la Comunicación que el concepto “consumidor” que utiliza el Tratado en el art. 81.2 incluye a todos los usuarios, tanto directos como indirectos, de los productos contemplados en el acuerdo. En cuanto al concepto de “participación equitativa”, supone que la participación en los beneficios debe compensar, al menos, los efectos restrictivos de la competencia. Contiene, en consecuencia, una escala móvil, en el sentido de que cuanto mayores sean las restricciones de la competencia, mayores han de ser las eficiencias y la participación de los consumidores en ellas.

En este apartado puede echarse en falta una interpretación más rotunda en el sentido de considerar que cualquier eficiencia de costes debe trasladarse necesariamente a los precios que clientes y consumidores han de pagar por los productos o servicios, o bien en productos de similar precio y superior calidad. En su lugar, la Comunicación, manifiesta que para analizar si las eficiencias de costes han sido trasladadas a los consumidores es necesario analizar cuatro factores: las características y la estructura del mercado; la naturaleza y magnitud de las mejoras de eficiencia, la elasticidad de la demanda, y la magnitud de la restricción de la competencia.

En cualquier caso, los beneficios a los consumidores pueden adoptar también la forma de productos nuevos o mejorados que aporten tal valor a los consumidores que puedan compensar los efectos negativos, incluso la subida de precios, aun cuando, en ese caso, será difícil atribuir valores exactos a tales eficiencias.



#### iv) No eliminación de la competencia

Resulta evidente que la protección de la estructura competitiva goza de prioridad sobre la existencia de eficiencias. Por otra parte, aunque el concepto de "eliminación de la competencia" sea un concepto autónomo, es necesario recordar que el art. 81.3 no puede amparar cualquier conducta que pueda ser calificada como abusiva de una posición dominante.

La aplicación de esta última condición requiere el análisis de las distintas fuentes de competencia en el mercado, del nivel de presión competitiva que ejercen las partes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo en dicha presión. Debe analizarse tanto la competencia real como la potencial, y para este último análisis deberá procederse a evaluar si existen barreras de entrada y cuál es la naturaleza de éstas.

### 5. COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN RELATIVAS A LAS RELACIONES CON LAS EMPRESAS

Dentro de este apartado la Comisión ha publicado dos comunicaciones: la primera de ellas relativa a orientaciones sobre cuestiones relativas a los arts. 81 y 82 que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) y la segunda sobre tramitación de denuncias. Se trata de Comunicaciones que tienen un marcado contenido procesal, a diferencia de las del grupo anterior, que tenían como objetivo el aclarar conceptos necesarios para la aplicación de los arts. 81 y 82.

#### A. COMUNICACIÓN RELATIVA A LAS ORIENTACIONES INFORMALES SOBRE CUESTIONES NUEVAS RELACIONADAS CON LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO QUE SURJAN EN ASUNTOS CONCRETOS (CARTAS DE ORIENTACIÓN)

Uno de los problemas que se pusieron de manifiesto con mayor intensidad con ocasión de los debates surgidos a raíz de la publicación del Libro Blanco sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE consistió en la posible afectación a la seguridad jurídica que acarrearía la desaparición del procedimiento de notificación<sup>18</sup>. Las empresas, en el nuevo sistema, no van a poder situarse bajo el paraguas de una decisión de la Comisión que autorice un acuerdo, en aplicación del art. 81.3 del Tratado. En el futuro deberán practicar una autoevaluación de los acuerdos que pretendan iniciar para saber si

<sup>18</sup> Ver L. BERENGUER, «Modernización de las normas comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 211, enero-febrero de 2001, pp. 27 y ss.

ese acuerdo puede o no acogerse a la exención. Para practicar esa autoevaluación, las Directrices de la Comisión han de valer como un instrumento fundamental. Sin embargo, es posible que existan conductas que, por su novedad, no puedan tener un encaje en los supuestos analizados en las Directrices.

Por ello la Comisión ha optado por abrir un sistema para que las cuestiones nuevas planteadas por las empresas puedan ser discutidas con la Comisión, mediante la emisión de unas "cartas orientativas", cuyos supuestos de aplicación se desarrollan en esta Comunicación.

La iniciativa de la emisión de orientaciones corresponde a las empresas, y deberán versar sobre cuestiones nuevas o no incluidas en las Comunicaciones de carácter general. Ante la petición, la Comisión podrá proporcionar orientaciones informales por escrito, es decir, las cartas de orientación, siempre que se lo permitan sus prioridades en materia de control de las conductas anticompetitivas.

Esta última mención a las prioridades en materia de control trae causa en uno de los aspectos que constituyeron el fundamento del nuevo sistema arbitrado tras el Libro Blanco de Modernización. La acumulación de expedientes de notificación requería tal grado de atención y recursos de la Dirección General de Competencia que con frecuencia se impedía concentrarse en la persecución de los cárteles y los abusos de posición dominante. Desde el principio la Comisión ha querido dejar claro cuál es su prioridad, que no quedará alterada ni aun en el supuesto de una acumulación de prioridades de solicitud de "cartas de orientación".

La solicitud de expedición de una carta de orientación solo podrá considerarse si se cumplen las siguientes condiciones: en primer lugar, que se trate de una cuestión nueva relativa a los arts. 81 y 82 de la que no existan precedentes en la jurisprudencia, en la práctica decisoria, en las orientaciones generales o en cartas precedentes; y, en segundo lugar, que sea útil aclarar la cuestión nueva teniendo en cuenta elementos tales como la importancia económica del asunto, su posible extensión en el mercado y la importancia de las inversiones correspondientes, y la medida en la que la transacción afecte a una operación estructural, y, finalmente, que pueda decidirse con arreglo a la información facilitada, sin que sea necesaria una nueva investigación, aun cuando la Comisión podrá utilizar cualquier información adicional de que disponga procedente de fuentes públicas, de procedimientos anteriores o de cualquier otra fuente, así como pedir al solicitante que aporte información suplementaria.

La presentación de una solicitud no impide a la Comisión iniciar un procedimiento de persecución de los hechos expuestos en la solicitud. Como resulta lógico, estas cartas de orientación no prejuzgan la evaluación que puedan hacer los Tribunales comunitarios.

Por otra parte, tampoco tienen efectos vinculantes para la evaluación posterior de los mismos hechos por parte de la Comisión, pero cuando la Comisión reciba una denuncia por los mismos hechos, tomará en con-

sideración el contenido de la carta de orientación, salvo que hayan aparecido circunstancias nuevas no tenidas en cuenta al elaborarla, o bien haya habido cambios en la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios.

Como puede fácilmente comprenderse, estas cartas de orientación parecen inspiradas en las “cartas administrativas” que la actuación de la Comisión puso en práctica durante la vigencia del Reglamento 17, si bien al especificar sus efectos va un tanto más allá de los de aquéllas. No puede decirse, no obstante, que proporcionen un grado absoluto de seguridad jurídica, pero esa seguridad absoluta parece incompatible en un procedimiento, como el del Reglamento 1/2003, que está basado en un sistema de autoevaluación. Por ello la valoración que se debe realizar de la Comunicación que crea las “cartas de orientación” resulta altamente positiva, aun cuando posiblemente se debería señalar que deberían fijarse plazos para que la Comisión contestara, bien con la orientación solicitada, bien que no se dan los requisitos exigidos para que se emita la carta.

#### B. COMUNICACIÓN SOBRE LA TRAMITACIÓN DE DENUNCIAS POR PARTE DE LA COMISIÓN AL AMPARO DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO CE

La última de las Comunicaciones, en la sistemática que se ha venido siguiendo, contiene las indicaciones sobre la forma en la que los ciudadanos han de presentar denuncias ante la Comisión; Comunicación que constituye la expresión de la voluntad de la propia Comisión de que los ciudadanos faciliten información sobre la existencia de conductas anticompetitivas.

Ahora bien, todas estas consideraciones sobre la necesidad de incitar la presentación de denuncias, para llegar a un mayor conocimiento de la existencia de conductas contrarias a la competencia, no constituyen más que el elemento que da cohesión a la Comunicación. En efecto, esta Comunicación dedica una buena parte de sus apartados a establecer reglas orientativas para los posibles denunciadores sobre la institución más apropiada para la presentación de las denuncias, y ello es así porque no hay que olvidar que el Reglamento 1/2003 establece un sistema de competencias concurrentes y de aplicación descentralizada del Derecho de la competencia, y, por lo tanto, se indica a los posibles denunciadores en qué casos deben presentar sus denuncias ante la Comisión, en cuáles ante las autoridades nacionales de la competencia y en qué casos deben dirigirse ante los órganos jurisdiccionales. En este apartado, el contenido de esta Comunicación debe concebirse como complementario de las Comunicaciones relativas a la aplicación descentralizada. Y en cuanto a las consideraciones de tipo procesal en cuanto a la tramitación de las denuncias, debe considerarse que esta Comunicación es el complemento del Reglamento de la Comisión 773/2004, en tanto que aclara alguno de sus puntos.

En cuanto a la presentación de denuncias ante la Comisión, pueden revestir el carácter de denuncias formales, a tenor de lo previsto en el

art. 7.2 del Reglamento 1/2003, o bien realizarse por una segunda vía que consiste en facilitar información sobre el mercado, lo cual podrá realizarse sin especiales formalidades, remitiendo la información a la página *web* de la Comisión.

Las denuncias presentadas con arreglo al mencionado art. 7.2 deben reunir determinados requisitos formales, y, en todo caso, el denunciante debe acreditar estar en posesión del interés legítimo.

El requisito del interés legítimo exige que el denunciante, cuando se trate de una empresa o de una asociación de éstas, opere en el mercado de referencia, o cuando la práctica pueda afectar directa o indirectamente a sus intereses. También cumplen con el requisito las asociaciones de consumidores, e incluso los consumidores individuales cuyos intereses se vean afectados por la medida. Por el contrario, no se considerará que existe interés legítimo cuando la denuncia se base en consideraciones relativas al interés general. En este capítulo y por vía de ejemplo cabe señalar que las autoridades municipales o regionales pueden tener interés legítimo en la medida en la que actúen como compradores de bienes o servicios, pero no si acuden a la Comisión en defensa del interés público.

Tras realizar esos comentarios relativos a la presentación de la denuncia, se recogen en la Comunicación una serie de consideraciones sobre la tramitación que la Comisión ha de dar a las denuncias. En primer lugar, la Comisión analizará si existe interés comunitario en su tramitación, y en caso contrario la desestimarán. A renglón seguido analizará los hechos y los fundamentos jurídicos para comprobar si tales hechos entran en el campo de aplicación de los arts. 81 y 82. A tal fin analizará de forma preliminar varios aspectos específicos; en primer lugar, si existe afectación al comercio comunitario; en segundo lugar, si se trata de un acuerdo que vulnere el art. 81, si se le puede aplicar los criterios contenidos en la comunicación *de minimis*; si se puede acoger a una exención por categorías y, finalmente, si puede acogerse a la exención del art. 81.3.

Tras estos trámites comienza el procedimiento ante la Comisión, que consta de varias fases. La primera fase consiste en la presentación de la denuncia y su examen. En la segunda fase, la Comisión puede investigar el asunto con mayor profundidad. En la tercera fase, o se incoará el procedimiento o se adoptará una decisión de desestimación. En cualquier caso, cualquier decisión de desestimación será recurrible ante los Tribunales comunitarios.

Se especifican a continuación los plazos previstos para informar al denunciante del curso que la Comisión va a dar a su denuncia, señalándose un plazo indicativo de cuatro meses; así como los derechos del denunciante, tales como recibir el pliego de cargos, comentarlo por escrito y, llegado el caso, formular sus puntos de vista durante la audiencia.

## 6. CONCLUSIONES

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 ha hecho a todas luces necesaria la publicación de una serie de documentos, de entre ellos sin duda el más importante es el Reglamento 773/2004, que aportaran elementos interpretativos y aclaratorios de un sistema de aplicación de las normas de los arts. 81 y 82 del Tratado que ha sido objeto de una singular transformación. Tal vez el proceso de exposición al público desde que se publicaron los proyectos y su definitiva aprobación no haya sido muy extenso, y ello ha impedido un debate más sosegado. Tampoco ha sido excesivo el tiempo que ha mediado desde su publicación y la entrega de este artículo. Quiero pedir por ello excusas al lector, pero la premura me ha impedido hacer algo más que escribir en prosa aquello que la Comisión había escrito en verso. Pero creía que estos comentarios, con todos los defectos que se le quieran achacar, deberían constituir un complemento a las consideraciones que en el *Anuario de la Competencia 2002*, esos sí más sosegados, hice sobre el Reglamento 1/2003<sup>19</sup>. El paquete de modernización queda así, posiblemente, concluido, y parecía necesario realizar una consideración, si no profunda, que al menos no se dilatara en el tiempo.

A pesar de todo ello, las valoraciones que se deben hacer a este último paquete de modernización han de resultar favorables. Quien, como es mi caso, ha apoyado las nuevas orientaciones modernizadoras del Derecho comunitario de la competencia tiene que felicitarse de la terminación de la tarea. Con los nuevos documentos aprobados, el procedimiento comunitario en materia de competencia ya se ha hecho merecedor de ese nombre, y ya nadie podrá decir que, ante la Comisión Europea, los particulares carecen del derecho al procedimiento. Bienvenidos sean, pues, estos documentos.

Una última observación. Con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, y sus importantes consecuencias para el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia y para los jueces y Tribunales españoles, no parece que haya merecido la atención al legislador español ni se haya percatado que resulta imprescindible modificar una Ley de Defensa de la Competencia que, tras la modernización comunitaria, ha quedado obsoleta.

<sup>19</sup> L. BERENGUER FUSTER, «Réquiem por el Reglamento 17», *Anuario de la Competencia 2002*, Marcial Pons-Fundación ICO, 2003, pp. 93-131.



# LA NUEVA POLÍTICA COMUNITARIA EUROPEA DE CONTROL DE CONDUCTAS Y SU REPERCUSIÓN EN ESPAÑA

Julio PASCUAL Y VICENTE

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

## 1. SÍNTESIS

El 1 de mayo de 2004, coincidiendo con la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados miembros, entra de forma efectiva en vigor el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, que instaura un nuevo régimen para aplicar las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE<sup>1</sup>.

Este nuevo Reglamento constituye un paso decisivo en el proceso puesto en marcha por la Comisión hace un lustro para la reforma del régimen comunitario de control de conductas, del que pueden considerarse piezas significativas también el Reglamento de la Comisión de exención por categorías de las restricciones verticales a la competencia<sup>2</sup> y las correspondientes Directrices<sup>3</sup>, así como las «Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal» de la Comisión<sup>4</sup> y el Reglamento sobre restricciones verticales del sector del automóvil<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2003). La fecha de entrada en vigor del Reglamento es, en sentido estricto, según dispone el art. 45 del propio Reglamento, «el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*» lo que, teniendo en cuenta que dicha publicación se produjo el 4 de enero de 2003, situaría la entrada en vigor en el día 25 de enero de 2003. Sin embargo, el propio art. 45 dispone a continuación de lo reseñado anteriormente que el Reglamento «será aplicable a partir del 1 de mayo de 2004». De ahí que digamos de esta última fecha que es la de entrada efectiva en vigor (los arts. 81 y 82 del Tratado CE se corresponden con los 85 y 86 del Tratado de Roma, renumerados luego en el Tratado de Amsterdam).

<sup>2</sup> COMISIÓN EUROPEA (1999b).

<sup>3</sup> COMISIÓN EUROPEA (2000a). Un estudio de la nueva regulación comunitaria de carácter general de las restricciones verticales a la competencia (Reglamento y Directrices) puede verse en PASCUAL Y VICENTE (2003c).

<sup>4</sup> COMISIÓN EUROPEA (2001).

<sup>5</sup> COMISIÓN EUROPEA (2002).

El nuevo régimen comunitario europeo de control de conductas, del que las señaladas son importantes piezas, se alimenta de la preocupación de la Comisión por el exceso de trabajo que el anterior sistema generaba a sus Servicios y pivota sobre dos consideraciones de carácter estratégico. La primera toma en cuenta que el régimen anterior, muy reglamentista y rico en exigencias jurídico formales, ha resultado de una eficiencia limitada, que se espera aumente si se rebaja el exceso de reglamentismo y se da entrada de modo decisivo en el control de conductas al análisis económico.

La segunda consideración supone advertir que la ya larga duración del régimen anterior de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE ha permitido acumular normas, doctrina y jurisprudencia suficientes como para que no sea necesario a estas alturas que la deseable uniformidad en la aplicación exija que la Comisión mantenga aún el monopolio de ciertos aspectos, pensándose, al contrario, que cabe ya, sin temor a la divergencia, una descentralización efectiva en las autoridades de competencia de los Estados miembros y en los jueces nacionales.

Esta forma de pensar, común hoy a todas las instituciones comunitarias, condujo a la Comisión en abril de 1999 a publicar un «Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE»<sup>6</sup>, con el que abrir un debate amplio que diera base de consenso suficiente para elaborar una propuesta de sustitución del viejo Reglamento 17/1962, de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado<sup>7</sup>. Así se inicia la gestación del Reglamento 1/2003 a cuyo estudio se dedican estas páginas.

En este trabajo, que aspira a ser inteligible no sólo por los especialistas, sino también por quienes, desde el mundo de la Empresa, el Derecho o la Economía, acertadamente piensen que los asuntos de competencia les conciernen, se incluye un capítulo introductorio, innecesario si estas páginas hubiesen sido escritas únicamente para los conocedores. En dicha introducción, se trazan las grandes líneas de lo que hoy es la política de competencia y, dentro de ella, la parte dedicada al llamado “control de conductas”, particularmente en el ámbito de la Unión Europea.

Seguidamente a estas explicaciones introductorias, se examina el régimen de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado según el viejo Reglamento 17/1962, así como las razones de su entrada en crisis. Después de describir el proceso de reforma emprendido por la Comisión, se pasa a efectuar un examen de las principales novedades que, respecto al anterior sistema, introduce el nuevo régimen de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado que instaura el Reglamento 1/2003. La desigual importancia de estas novedades ha aconsejado dividir su exposición en dos capítulos. El primero dedicado a estudiar la novedad principal del Regla-

<sup>6</sup> COMISIÓN EUROPEA (1999a).

<sup>7</sup> CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1962). La propuesta del nuevo reglamento sustitutivo del 17/1962 es la reseñada en el capítulo de «Bibliografía» como COMISIÓN EUROPEA (2000b).



mento 1/2003, definida por el cambio de patrón en la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, que sustituye el sistema de notificación/autorización previa por el de excepción legal. Y el segundo, que examina las demás importantes novedades que rigen la aplicación de los arts. 81 y 82 desde mayo de 2004, entre las que hay que destacar la aplicación íntegra de ambos artículos por las autoridades de competencia y los jueces nacionales en paralelo con la Comisión, que antes gozaba de la exclusiva de aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado.

Por último, el capítulo final se dedica a la previsión. El Reglamento 1/2003 revoluciona el sistema de control de conductas en la Comunidad Europea, lo que acabará afectando a la política de competencia particular de cada Estado miembro y, en consecuencia, de España. En todo caso, el nuevo sistema va a tener una segura incidencia en el proceder no sólo del legislador, sino también de las autoridades españolas de competencia y de la judicatura, ahora con nuevas responsabilidades. También se verán afectadas las empresas, que en el nuevo sistema han de asumir las responsabilidades plenas de sus actos, sin poder consultar, como antes, a la Comisión. Y experimentarán también los efectos de la reforma los cuerpos de asesoramiento en materia de competencia de las empresas, los internos y también los externos. Particularmente, los despachos de abogados en Derecho de la competencia, que en España son pocos pero algunos muy buenos, habrán de transformar necesariamente su estructura, para hacer frente al nuevo enfoque que incorpora al análisis económico como instrumento principal. En fin, este postrero capítulo se aventurará a conjeturar los efectos del nuevo Reglamento 1/2003 en la legislación, autoridades y judicatura española, como en las empresas y asesores especializados de nuestro país en Derecho de la competencia.

## 2. LA POLÍTICA COMUNITARIA EUROPEA DE COMPETENCIA EN MATERIA DE CONDUCTAS PROHIBIDAS

Con el término “política de competencia” hacemos referencia al conjunto de instrumentos legales con que los poderes públicos actúan en beneficio de la competencia del mercado en un determinado ámbito geográfico. La política de competencia concebida como un instrumento beligerante de la actuación de los poderes públicos es históricamente nueva al remontarse a fines del siglo XIX cuando, en 1890, se proclama la *Sherman Act* en los Estados Unidos de América.

El Derecho de la competencia como tal o, por mejor decirlo, la existencia de unas normas garantizadoras de la competencia en el mercado aparece, sin embargo, mucho antes; en Castilla, por ejemplo, la medieval Partida V contiene disposiciones muy precisas que sancionan severamente diversas modalidades de conductas consistentes en la concertación de voluntades entre varios operadores económicos en perjuicio de la competencia en el mercado, disposiciones cuyo contenido se mantuvo vigente

en España, como recientemente hemos documentado, hasta bien entrado el siglo XIX<sup>8</sup>.

#### A. LOS EJES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA MODERNA

La política de competencia se articula hoy, en todos los países que disponen de ella, tanto en América como en Europa y, dentro de nuestro continente, en el ámbito de la Unión Europea y en el de los Estados miembros, a lo largo de tres ejes: represión, prevención y fomento.

En cuanto a la “política represiva” de la competencia, se refiere al conjunto de normas jurídicas dictadas para reprimir las conductas anti-competitivas indeseables y restablecer la competencia negativamente afectada por ellas. Esta faceta represiva de la política de competencia se conoce también con el término “control de conductas”<sup>9</sup>.

Por lo que se refiere a la “política preventiva”, ésta se instrumenta mediante el llamado “control de concentraciones”, consistente en dotar legalmente a los poderes públicos de la facultad de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas, concediéndoles la posibilidad de impedir su realización o condicionarla. Esta faceta de la política de competencia es también denominada “control de estructuras”.

Finalmente, el “fomento de la competencia”, más allá de políticas represoras y preventivas, se propicia desde los poderes públicos mediante la combinación de los siguientes instrumentos: desregulación, liberalización y privatización<sup>10</sup>.

#### B. EL CONTROL DE CONDUCTAS EN LA COMUNIDAD EUROPEA

El asunto del que se ocupa este trabajo es el Reglamento 1/2003 para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, lo que nos remite inexorablemente a la política comunitaria de competencia de índole represiva contenida en estos dos artículos que prohíben las conductas anticompetitivas que dentro del mercado común afecten al comercio entre los Estados miembros, ya sean conductas colusorias<sup>11</sup> o conductas abusivas de posición de dominio<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> PASCUAL Y VICENTE (2003b).

<sup>9</sup> En el ámbito de la Unión Europea, puede considerarse incluida también en la política destinada a impedir actuaciones anticompetitivas indeseables, la prohibición de medidas en favor de empresas públicas o titulares de derechos especiales o exclusivos y la prohibición de “ayudas públicas”, prohibiciones ambas que gravitan sobre los Estados miembros y que consagran respectivamente los arts. 86 y 87 del Tratado CE.

<sup>10</sup> Para un mayor detalle, ver PASCUAL Y VICENTE (2000b).

<sup>11</sup> Ver la voz «Conductas colusorias», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 159).

<sup>12</sup> Ver la voz «Abuso de posición dominante», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 41). Un amplio examen de esta clase de conductas prohibidas puede verse en PASCUAL Y VICENTE (2002c) y, más resumidamente, en PASCUAL Y VICENTE (2002d).

En efecto, el apartado 1 del art. 81 del Tratado CE dice así: «Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de las asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»<sup>13</sup>.

Luego, el apartado 3 del mismo artículo<sup>14</sup> dice: «No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

Es decir, el art. 81 primero enuncia las conductas que se prohíben (apartado 1) y luego considera las circunstancias que, dándose en conductas en otro caso prohibidas, podrían eximir las de la prohibición (apartado 3).

El art. 82 del Tratado CE, por su parte, tiene el siguiente enunciado: «Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo»<sup>15</sup>.

La prohibición contenida en el art. 82 del Tratado CE es, pues —contrariamente a lo que sucede con la prohibición del art. 81.1—, una prohibición absoluta y no condicionada: cualquier conducta explotativa de una posición de dominio en el mercado común está sujeta a prohibición, que no cabe eximir bajo ninguna circunstancia.

### 3. APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO CE

La aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma (81 y 82, a partir del Tratado de Amsterdam) quedó sujeta desde el principio a

<sup>13</sup> A continuación, el apartado 1 del art. 81 incluye una lista no exhaustiva de supuestos que, en particular, estarán prohibidos cuando incurran en las condiciones generales de prohibición expuestas al principio.

<sup>14</sup> El apartado 2 del art. 81 enuncia el principio de nulidad que rige para estas conductas, disponiendo: «Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho».

<sup>15</sup> Al modo del apartado 1 del art. 81, el art. 82, tras enunciar de manera general la prohibición, incluye una lista ejemplificativa de conductas que serán consideradas abusivas cuando se practiquen desde una posición de dominio.

que el Consejo<sup>16</sup> dictase los oportunos reglamentos, correspondiendo mientras tanto a las autoridades de los Estados miembros —conforme al entonces art. 88 (hoy 84)— decidir «sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común, de conformidad con su propio Derecho y las disposiciones del art. 85 (hoy 81), en particular las de su apartado 3, y las del art. 86 (hoy 82)».

El primero de estos reglamentos del Consejo de la Comunidad Económica Europea es de fecha 6 de febrero de 1962: se trata del Reglamento núm. 17 para la aplicación de los arts. 85 y 86 (hoy 81 y 82) del Tratado, que estableció los fundamentos para la aplicación del Derecho comunitario relativo al control de conductas.

#### A. EL REGLAMENTO 17/1962: VIGENCIA Y CRISIS

Las respectivas aplicaciones de los arts. 81 y 82 del Tratado no son de igual factura, precisamente por la diferente concepción de la prohibición contenida en uno y otro artículo, pues —ya se ha dicho— mientras la prohibición del art. 82 es absoluta e incondicionada, la prohibición del art. 81 combina dos elementos: la interdicción del apartado 1 y la posibilidad de exceptuación que permite el apartado 3.

Esta relación entre interdicción y exceptuación permite en teoría dos posibilidades de aplicación del art. 81 del Tratado. Una sería considerar que la conducta es —*a priori*— prohibida, pero declarar —individualmente o en bloque— inaplicable la prohibición, de acreditarse que concurren las circunstancias eximentes; y la otra posibilidad consistiría en considerar que la aplicabilidad o inaplicabilidad —*a posteriori*— de la prohibición dependerá, respectivamente, de que no se acrediten circunstancias eximentes o, por el contrario, que sí resulten acreditadas las mismas.

El Reglamento 17/1962 adoptó la primera de las posibilidades descritas. Es decir —como resume GALÁN CORONA (2003, p. 501)—: «*La prohibición del art. 81.1... [en el Reglamento 17/1962] entraba en juego automáticamente, sin necesidad de previa declaración, y esta prohibición no podía ser enervada por la exceptuación prevista en el apartado 3 del expresado artículo más que cuando ésta fuera expresamente declarada*». Este sistema implicaba la necesidad de notificar a la autoridad competente los acuerdos que pretendieran beneficiarse de la exceptuación, salvo cuando se hubiera previamente dictado un Reglamento de exención por categorías, que —en bloque— hubiera exceptuado de prohibición a la con-

<sup>16</sup> «El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los arts. 81 y 82», reza el apartado 1 del art. 83 del Tratado CE (en versión del Tratado de Amsterdam, correspondiente al art. 87 en la versión originaria del Tratado de Roma, cuyos dos primeros párrafos del apartado 1 se han refundido).

ducta en cuestión. En el Reglamento 17/1962, la autoridad para declarar la inaplicabilidad de la prohibición se asignó en exclusiva a la Comisión, tanto para responder a una notificación individual —mediante “autorización singular”<sup>17</sup> en este caso— como para declarar en bloque la inaplicabilidad de la prohibición —mediante el correspondiente “Reglamento de exención”, entonces— para toda una categoría de conductas.

Fuera de la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE que, según se ha detallado, quedó asignado en exclusiva a la Comisión, la aplicación del art. 81 en todo lo demás, así como la aplicación del art. 82, se atribuyó de modo compartido a la propia Comisión y a las autoridades de competencia de los Estados miembros y a los jueces nacionales, aunque con una cierta preferencia para la Comisión, que podía recabar para sí cualquier asunto en conocimiento de una autoridad nacional, que habría de inhibirse entonces.

Como se ha señalado<sup>18</sup>, este planteamiento respondía a la voluntad de las autoridades comunitarias de utilizar el Derecho de la competencia como un importante instrumento para la creación del mercado común y de tomar en consideración el hecho de que los Estados miembros entonces (con la salvedad de Alemania) carecían de experiencia y normativa relativas a esta especialidad del Derecho. Ante esta situación, prudentemente, se centralizó en la Comisión lo más difícil de aplicar de la nueva normativa para evitar divergencias en la aplicación del Derecho comunitario por las instituciones nacionales que pudiera perjudicar la unidad de mercado.

El resultado hay que reputarlo de positivo en el conjunto de los más de cuarenta años que el sistema ha estado vigente sin cambios significativos. En efecto, el propio «Libro Blanco», elaborado para servir de base a la sustitución del Reglamento 17/1962 por uno nuevo, reconocía, entre sus cualidades, el haber potenciado la creación de una «cultura de competencia» y un «cuerpo legislativo, jurisprudencial y doctrinal» en materia de Derecho de la competencia que es aceptado hoy en toda la Comunidad.

Pero lo cierto es, como razonablemente se ha advertido<sup>19</sup>, que el Reglamento 17/1962, que comenzó su andadura cuando la Comunidad sólo constaba de seis miembros y la política de competencia era una novedad, resultaba inadecuado para las necesidades de una nueva Comunidad ampliada en la que la política de competencia es ya una política fundamental para el establecimiento de un espacio económico único. Los razonamientos de la propia COMISIÓN EUROPEA (1999, pp. 3-5) son incontestables: la necesidad de cambio se justifica por dos índoles de razones, las inherentes al propio régimen establecido en el Reglamento 17/1962 y las que son consecuencia del propio desarrollo de la Comunidad.

<sup>17</sup> O “declaración negativa” que considerara a la conducta en cuestión como no incurso en la prohibición del art. 81.1 o, en su caso, del art. 82.

<sup>18</sup> GALÁN CORONA (2003, pp. 501-502).

<sup>19</sup> BERENGUER FUSTER (2003, p. 93).

En cuanto a las primeras, se constata que el sistema de autorización centralizado, basado en la notificación previa y el monopolio de la Comisión en la concesión de exenciones, ha generado una intensa actividad de notificación a ésta por parte de las empresas, que dificulta la celeridad en los procedimientos e incentiva una corruptela: al no tener potestad para aplicar el art. 81.3 las autoridades nacionales de competencia ni los Tribunales nacionales, las empresas utilizan el sistema de autorización centralizada —además de para su fin genuino que es obtener seguridad jurídica— para bloquear las actuaciones de las autoridades de competencia y los Tribunales nacionales. Este fenómeno mina los esfuerzos para fomentar la aplicación descentralizada de las normas de competencia comunitaria y frustra su aplicación rigurosa, lo que, en un mercado común aún más integrado, resulta muy perjudicial.

Por lo que hace referencia a las razones externas para el cambio vinculadas al propio desarrollo de la Comunidad, es apreciable la importante modificación del escenario acontecida desde 1962, cuando la Comunidad sólo la componían los seis miembros fundadores, a la actualidad, en que se trata de una Unión de 15 Estados ampliados a 25 el 1 de mayo de 2004, con dos más que se incorporarán en 2007.

En este nuevo contexto, se considera que la función de la Comisión debe cambiar y que si, en un principio, el eje de sus actividades fue el establecimiento de normas para impedir conductas que obstaculizaban la integración de los mercados, ahora, después de haberse ido definiendo la normativa y la política de competencia, la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las normas de competencia puede y debe repartirse entre la propia Comisión y las autoridades y jueces nacionales, debiéndose concentrar la Comisión en garantizar la competencia efectiva, persiguiendo y suprimiendo cárteles perversos y manteniendo estructuras de mercado competitivas, para lo cual se ha hecho cargo de funciones que le eran ajenas en 1962, como el control de concentraciones (también la liberalización de mercados monopolizados y la cooperación internacional).

Así, la propia Comisión considera que únicamente podrá hacer frente a los nuevos desafíos centrando su atención en los asuntos más importantes y en los ámbitos de actividad en los que puede operar con más eficacia que las instituciones nacionales, lo que resulta incompatible con seguir manteniendo un sistema de aplicación centralizada exigente de decisiones individualizadas de la Comisión para conductas restrictivas que reúnen las condiciones del apartado 3 del art. 81. La conclusión se puede resumir en una frase: hace falta un sistema de control más eficiente y más sencillo.

## B. EL PROCESO DE REFORMA DEL REGLAMENTO 17/1962

La toma de conciencia por la Comisión —compartida por las demás instituciones comunitarias—<sup>20</sup> acerca de la necesidad de cambiar radicalmente el modo de aplicar el apartado 3 del art. 81 del Tratado CE y, en general, la clara percepción por todos de que es llegado el momento de introducir cambios diversos en el sistema conjunto de aplicación de los arts. 81 y 82, llevó a la Comisión a iniciar un proceso reformador dentro del cual es pieza esencial sustituir el Reglamento 17/1962 por uno nuevo que dé satisfacción a ciertos problemas existentes<sup>21</sup>. Otras importantes piezas de este proceso de reforma son el Reglamento de exención por categorías para las restricciones verticales, con sus correspondientes Directrices, las Directrices sobre prácticas horizontales y el Reglamento de exención para el sector del automóvil, todos ellos citados al comienzo de este trabajo.

En el particular proceso reformador del Reglamento 17/1962 impulsado por la Comisión, destacan dos hitos: el «Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE», de abril de 1999, y la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado», de diciembre de 2000, ambos también citados al principio.

En el Libro Blanco, la Comisión, tras hacer un repaso de los problemas que plantea el mantenimiento del sistema consagrado en el Reglamento 17/1962 para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, analiza varias opciones para su reforma y propone un sistema que permita alcanzar los objetivos siguientes: *a)* Aplicación rigurosa de la normativa de competencia. *b)* Descentralización efectiva. *c)* Simplificación de los procedimientos. *d)* Aplicación uniforme de la legislación y la política de competencia en el conjunto de la Unión.

La Comisión considera que esta reforma le va a permitir reorientar sus actividades y centrarse en las infracciones de interés comunitario más graves<sup>22</sup> lo que, para las demás, facilitará la descentralizada resolución por las autoridades y Tribunales nacionales, eliminando el exceso de carga

<sup>20</sup> Sobre el intenso trabajo desarrollado por el Parlamento Europeo en la reforma del Derecho comunitario de la competencia, ver BERENGUER FUSTER y BERENGUER GIMÉNEZ (2000). Un estudio interesante del contenido del Libro Blanco visto desde la perspectiva parlamentaria es el de GARCÍA-MARGALLO y MARFIL y ASTURIAS (2002).

<sup>21</sup> La reforma en su conjunto ha sido magnificada por todos, desde el comisario Monti, para quien es la más importante en el campo de la competencia desde 1990 en que el Reglamento de concentraciones fue aprobado [ver MONTI (2002)], a Van Bael, que en la 27 Conferencia de la Universidad Fordham habló del *Big Bang* que esta reforma representaba, como ha recordado MARTÍNEZ LAGE (2000b).

<sup>22</sup> MARTÍNEZ LAGE (2000a) discute la pretensión de la Comisión de desembarazarse de la carga de trabajo que le supone el control preventivo mediante el sistema de notificaciones y sostiene que lo que late en el fondo de dicha pretensión de la Comisión es la convicción de que los acuerdos

burocrática y costes que imponen a las empresas el tener que ajustarse a las vigentes normas comunitarias de competencia, al mismo tiempo que se garantiza un nivel satisfactorio de seguridad jurídica.

Con el nuevo sistema, además, la Comisión aspira a mantener un papel predominante en la fijación de la política de competencia comunitaria, adoptando reglamentos y comunicaciones que establezcan las líneas maestras para la interpretación de los arts. 81 y 82, sin que, por otra parte, esto suponga abandonar la adopción de decisiones de prohibición individual y de autorización por categorías, que desea seguir haciendo para lograr con todo el efecto orientador buscado.

La Comisión, con el fin de garantizar la aplicación coherente de las normas comunitarias en toda la Unión dentro de un nuevo sistema de competencias compartidas por los Tribunales y autoridades nacionales, propone en el Libro Blanco mantener ciertas potestades para sí, la principal de las cuales es la de poder reclamar la tramitación de un asunto a las autoridades nacionales cuando haya riesgo de divergencias de interpretación. La Comisión publica su Libro Blanco en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el día 12 de mayo de 1999 con el propósito declarado de que el mismo constituya el punto de partida de un amplio debate entre la Comisión, los Estados miembros y las partes interesadas, para cuyo desarrollo invita a éstos y a las demás instituciones comunitarias para que envíen sus observaciones sobre el Libro Blanco, no más tarde del 30 de septiembre de 1999, a la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

Un año largo después, el 19 de diciembre de 2000, la Comisión publica en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* su Propuesta de un nuevo Reglamento<sup>23</sup>.

#### 4. EL REGLAMENTO 1/2003 CAMBIA EL PATRÓN DE APLICACIÓN DEL ART. 81 DEL TRATADO CE

Dos años transcurren desde que la Comisión publicara su propuesta de un nuevo Reglamento hasta que el Consejo de la Unión Europea finalmente adoptara el Reglamento 1/2003 de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. La propuesta de la Comisión hubo de ser objeto de dictamen del Parlamento Europeo<sup>24</sup> y del Consejo Económico y Social<sup>25</sup>. Finalmente, el 4 de enero de 2003 el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* publica el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, adoptado el 16 de diciembre de 2002, «relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado»,

notificados son los de menos importancia, lo cual es, a juicio de este autor, una opinión «insuficientemente contrastada, demostrada y explicada».

<sup>23</sup> COMISIÓN EUROPEA (2000b).

<sup>24</sup> DO, núm. C 72 E, de 21 de marzo de 2002, p. 284.

<sup>25</sup> DO, núm. C 155, de 29 de mayo de 2001, p. 73.



citado al principio. Consta de una larga exposición de motivos de 38 considerandos y una amplia parte dispositiva de 45 artículos estructurada en 11 capítulos. El Reglamento 1/2003, que deroga los Reglamentos 17 y 141, modifica los siguientes: Reglamentos 1017/1968, 2988/1974, 4056/1986, 3975/1987, 19/1965, 2821/1971, 1534/1991, 3976/1987 y 479/1992. Como se ha dicho, el art. 45 fija la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, lo que corresponde al 25 de enero de 2003, pero el mismo contiene una estipulación según la cual únicamente «será aplicable a partir del 1 de mayo de 2004», fecha esta que es precisamente la prevista para la ampliación de la Unión Europea a nuevos Estados miembros.

El Reglamento 1/2003 contiene actualizadas las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE e introduce diversas novedades respecto al contenido del viejo Reglamento 17/1962. Pero la columna vertebral de la mudanza, lo esencialmente innovador del nuevo Reglamento 1/2003, es el cambio de pauta que introduce en el modo de aplicar el art. 81 del Tratado CE, al que algún comentarista ha calificado sin exagerar como «trascendental cambio de cultura»<sup>26</sup>.

#### A. EL VIEJO PATRÓN DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 17/1962

El viejo Reglamento 17/1962 otorgaba, en exclusiva, a la Comisión la facultad de interpretar cuándo se daban las circunstancias del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE en conductas en otro caso prohibidas y, consecuentemente, la facultad de declarar la inaplicabilidad de la prohibición respecto de las mismas. La Comisión ejercía esta facultad de dos modos alternativos. Para los casos individuales, mediante una Decisión dictada previa notificación de los interesados en la que se solicitaba la autorización singular correspondiente. Además de esta facultad para eximir individualmente la prohibición al interesado mediante la correspondiente autorización singular, la Comisión disponía y dispone de la facultad, delegada por el Consejo, para dictar Reglamentos de exención por categorías, sirviendo cada uno de ellos para dispensar en bloque de la prohibición del apartado 1 del art. 81 del Tratado a todo un género de conductas que, a juicio de la Comisión, reúnen las circunstancias del apartado 3.

Como hemos comentado, el decisivo papel otorgado a la Comisión por el Reglamento 17/1962 había estado justificado por la necesidad de crear un mercado común, para lo cual una «política de competencia»

<sup>26</sup> MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 9), conociendo bien el terreno que pisa, habla del «trascendental cambio de cultura que, tanto para las empresas como para sus abogados, habrá de suponer la supresión de la obligación/facultad de notificar a la Comisión acuerdos susceptibles de ser autorizados». Más adelante nos ocuparemos en detalle de las repercusiones que, de este cambio de cultura, cabe esperar en España.

aplicada uniformemente constituía un instrumento de primer orden y en una época (1962 es el año de publicación del Reglamento 17) en que, salvo Alemania, los Estados miembros carecían de experiencia en Derecho de la competencia<sup>27</sup>. Todo lo cual abonaba la conveniencia de dotar a la Comisión del papel de “guía”.

## B. EL NUEVO PATRÓN DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 1/2003

El camino recorrido en esta materia por los Estados miembros en los últimos cuarenta años, con la consiguiente experiencia acumulada por todos; la normativa, la doctrina y la jurisprudencia creada en este tiempo; y, finalmente, el temor a que la ampliación de la Unión Europea con nuevos Estados miembros prevista para mayo de 2004 bloqueara definitivamente a los Servicios de la Comisión fueron circunstancias favorables a un cambio de patrón en la aplicación del art. 81 del Tratado CE.

El nuevo patrón que establece el Reglamento 1/2003 consiste esencialmente en que, desde el 1 de mayo de 2004, desaparece la modalidad de autorización singular como modo de pronunciarse la Comisión sobre si en una conducta de las prohibidas por el apartado 1 del art. 81 se dan las circunstancias del apartado 3 y procede consecuentemente declarar la inaplicabilidad de la prohibición. Y, en su lugar, se carga en los propios operadores económicos toda la responsabilidad de su completo proceder, al resultar obligados a ser ellos mismos los que interpreten si las conductas que se proponen llevar a cabo, que podrían incurrir en prohibición conforme al apartado 1 del art. 81 del Tratado CE, reúnen las características previstas en el apartado 3 del mismo artículo para que la prohibición sea inaplicable. Es decir: «De un sistema de prohibición con autorización previa, se ha pasado a un sistema o modelo de prohibición con exceptuación legal»<sup>28</sup>. Ya no va a intervenir *a priori* la Comisión para declarar la inaplicabilidad de la prohibición que, sin ella, pesaría sobre la conducta, sino que, dadas las condiciones precisas, será *a posteriori* cuando, si procede, las autoridades competentes verifiquen la correcta aplicación del art. 81 por los operadores económicos.

De conformidad con el nuevo patrón de aplicación del art. 81 del Tratado que instaura el Reglamento 1/2003, la Comisión actuará en la interpretación combinada de los apartados 1 y 3 de dicho artículo con ocasión de los procedimientos que al efecto se sustancien en su sede. Pero también se otorgan competencias paralelas en el mismo sentido a las autoridades administrativas especializadas de los Estados miembros y a los jueces nacionales. Estas autoridades y jueces nacionales eran también competentes para aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado durante la vigencia del viejo Reglamento 17/1962. La diferencia es que ahora,

<sup>27</sup> GALÁN CORONA (2003, pp. 501-503).

<sup>28</sup> GALÁN CORONA (2003, p. 505).

con el Reglamento 1/2003 en vigor, las autoridades y jueces nacionales pueden aplicar el art. 81 en su integridad <sup>29</sup>.

El nuevo Reglamento 1/2003, no obstante, ha previsto dos instrumentos para salvaguardar el papel de guía que de algún modo se quiere que siga teniendo la Comisión <sup>30</sup> en la interpretación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Ambos instrumentos, que más adelante comentaremos, son el expediente de las “consultas informales” a la Comisión y cierta forma de “control remoto” que se reserva a la Comisión al facultarla para dictar “declaraciones de inaplicabilidad”.

Este cambio en la pauta de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, que el Reglamento 1/2003 consagra, ha recibido en general beneplácitos porque hace frente de modo satisfactorio al exceso de trabajo que el anterior modelo generaba a la Comisión y además porque corta de raíz la ya comentada corruptela del “blindaje” temporal de las empresas frente a las actuaciones de las autoridades nacionales mediante el expediente de solicitar una autorización singular a la Comisión, siempre de respuesta lenta por la habitual sobrecarga de trabajo de sus Servicios, con competencia exclusiva en esta materia <sup>31</sup>.

Pero este cambio de patrón de aplicación del art. 81 del Tratado, que ha recibido en general parabienes, ha recibido también algunas críticas, principalmente por lo que se refiere a la merma de seguridad jurídica que provoca según sus detractores. No nos parece fundamentada esta crítica sin embargo y, más bien, consideramos que la desconfianza proviene de considerar más inseguro y peor el que cada uno tenga que responsabilizarse de sus propios actos —como ahora habrán de hacerlo las empresas— sin poderse curar en salud con apriorístico pronunciamiento de la Comisión como se intentaba antes. Esta forma de ver las cosas anidó, durante la preparación del Reglamento, en los frustrados intentos de conseguir la instauración de algún modo de notificación voluntaria a la Comisión que siguiera permitiendo obtener anticipadamente su criterio. Claro que la Comisión, que había hecho de la “descentralización” un objetivo irrenunciable, se opuso con un sólido argumento: cuarenta años de aplicación del Derecho de competencia comunitario aportan una doctrina suficiente para conocer los límites de la legalidad de las conductas que resultan del concierto de varios operadores económicos <sup>32</sup>.

En todo caso, y con independencia de la doctrina que se desprende de decisiones, reglamentos de excepción por categorías y directrices ya publicadas, la Comisión está comprometida a publicar las comunicaciones

<sup>29</sup> La facultad de los jueces nacionales para aplicar íntegramente el art. 81 del Tratado CE permite a éstos valorar si un contrato que contraviene el apartado 1 del art. 81 reúne los requisitos del apartado 3 del mismo artículo y, en su caso, declararlo válido.

<sup>30</sup> Aunque siempre bajo el control jurisdiccional de los Tribunales comunitarios.

<sup>31</sup> «Blindarse» es la acertada calificación que GALÁN CORONA (2003, p. 505) aplica a esta indeseable práctica que desaparecerá con el nuevo Reglamento.

<sup>32</sup> Ver los comentarios al respecto de GALÁN CORONA (2003, p. 506).

y directrices que sean necesarias para facilitar a los interesados la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, y el propio Reglamento 1/2003, en su art. 10, otorga a la Comisión la capacidad de hacer una «Declaración de inaplicabilidad» cada vez que lo requiera el interés público comunitario relativo a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, pudiendo en la misma declarar, mediante Decisión dictada de oficio, que el art. 81 no es aplicable a una conducta en la que se concierten voluntades, bien porque no se reúnen las condiciones del apartado 1 o porque se reúnan las condiciones del apartado 3. Y lo mismo podrá hacer la Comisión con arreglo al art. 82 del Tratado.

Por otra parte, el nuevo Reglamento 1/2003, con el fin de favorecer la seguridad jurídica, reconoce en su considerando 38<sup>33</sup> la facultad de las empresas para solicitar «orientaciones informales» de la Comisión cuando se les presente una «situación de auténtica incertidumbre debido a la aparición de cuestiones nuevas o sin resolver» en cuanto a la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

En definitiva, consideramos carente de justificación sólida la crítica al Reglamento 1/2003 por la inseguridad jurídica que supuestamente crea, coincidiendo además con la opinión según la cual la forma correcta de apreciar la seguridad jurídica que añade o retira del sistema anterior el nuevo es comparar la que proporciona uno y otro; pero hacer esto resultaría decepcionante porque no parece muy verosímil que el procedimiento anterior, en el que apenas el 10 por 100 de las notificaciones terminaban en decisiones formales, pueda ponerse como ejemplo de sistema muy «seguro». El Derecho comunitario de la competencia tiene ya una madurez que permite a la empresa y a sus asesores conocer qué acuerdos están prohibidos y cuáles son merecedores de estar incluidos en la exención del art. 81.3, madurez bien fundamentada en la doctrina emanada de las decisiones de la Comisión y de las sentencias de los Tribunales comunitarios. Y es sobre la base de esta madurez alcanzada por lo que el cambio de sistema se ha podido hacer sin afectar a la seguridad jurídica<sup>34</sup>.

Pero no es sólo eso, es que, en nuestra opinión, es mucho mejor para el responsable de una empresa poder actuar en el amplio campo de acción que deja abierto a su ejercicio de responsabilidad el nuevo Reglamento —siempre que tenga la precaución de asesorarse debidamente—, que tener

<sup>33</sup> Esta posibilidad de las empresas de solicitar de la Comisión orientaciones informales en determinadas circunstancias de incertidumbre aparece también recogida en la Declaración de la Comisión que figura como anexo al Acta de la Sesión del Consejo (Doc. 15435/02, ADD 1, de 10 de diciembre de 2002).

<sup>34</sup> BERENGUER FUSTER (2003, pp. 97-100). BERENGUER FUSTER (2001, pp. 27), ya en los inicios de 2001, se esforzaba en hacer notar que la seguridad jurídica había preocupado en todo momento a los reformadores, y particularmente recordaba cómo esta preocupación había estado presente de forma manifiesta en la Resolución que el Parlamento Europeo adoptó sobre el Libro Blanco, en el que el Ponente Sr. Von Wogau incluyó un párrafo con el siguiente texto: «La modernización del régimen actual no puede ir en detrimento de la seguridad jurídica ni de la coherencia en la aplicación de las disposiciones en materia de competencia en la Comunidad».

que hacerlo dentro del limitado cauce a que obligadamente había de constreñir su iniciativa empresarial en un sistema como el anterior que le sometía al beneplácito administrativo en todas las decisiones dudosas que hubiera pensado tomar. Es mejor para el empresario la tensión creativa que incentiva el nuevo sistema que el reglamentismo anterior, poco amigo de dejar caminar por veredas no trilladas. Quien quizá salga perdiendo con el nuevo sistema no es el empresario, sino su asesor en materia de competencia, si no es capaz de renovarse, ya que antes podía conformarse con dominar el “frente jurídico” y, con el Reglamento 1/2003 en vigor, eso no va a ser suficiente porque en el nuevo enfoque cobra una importancia primordial la  $\frac{1}{2}$ sabiduría económica”.

## 5. OTRAS NOVEDADES IMPORTANTES DEL REGLAMENTO 1/2003

La novedad fundamental del nuevo Reglamento es, como se acaba de ver, el radical cambio en el modo de aplicación del art. 81 del Tratado CE. Este cambio produce en sí mismo diversas innovaciones respecto al régimen anterior del Reglamento 17/1962. Y, además, se han introducido en el Reglamento 1/2003 otras novedades para la aplicación de dicho art. 81 del Tratado y también del art. 82. Convendrá examinar las más importantes de todas ellas, siquiera sea esquemáticamente, para luego sacar las oportunas conclusiones respecto de los efectos que todo ello pueda verosímelmente producir en España en los próximos años. Las secciones siguientes de este capítulo se destinan a dejar constancia de las novedades principales que introduce el Reglamento 1/2003, aunque reseñarlas implique en algún caso reiterar algo ya anticipado. Las novedades que consideramos más importantes son las siguientes.

### A. SE INSTAURA LA EXENCIÓN LEGAL Y SE SUPRIME LA EXENCIÓN INDIVIDUAL Y LA CERTIFICACIÓN NEGATIVA

Ya desde el Tratado CE, la normativa comunitaria venía reconociendo la posibilidad de exención a la prohibición de las conductas anticompetitivas que fueran fruto de la concertación de voluntades entre varios operadores económicos. En efecto, el apartado 1 del art. 81 del Tratado prohibía unas conductas que, según el apartado 3 del mismo artículo, podían librarse de la prohibición si concurrían las circunstancias previstas en el mismo. Sin embargo, mientras ha estado vigente el Reglamento 17/1962, los dos únicos cauces para levantar la prohibición han sido —como ya se explicó— la exención individual mediante autorización singular y la exención reglamentaria por categorías, correspondiendo la competencia para otorgar ambas exclusivamente a la Comisión. La legislación española, sin embargo, aunque adoptó el mismo sistema de exenciones individuales y reglamentarias por bloque, incorporó una modalidad

adicional de exención: es la exención legal regulada en el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, por virtud de la cual las prohibiciones del art. 1 no se aplicarán a las conductas colusorias que resulten de la aplicación de una Ley. Pues bien, el Reglamento 1/2003 implanta ahora, en el ámbito de la legislación comunitaria de la competencia, el mismo principio, sólo que restringiendo su aplicación únicamente a la disposición contenida en el apartado 3 del art. 81 del Tratado. Ya se ha explicado antes, pero no importa decirlo de nuevo: el Reglamento 1/2003 instaura, como exención legal, la incluida en el apartado 3 del mismo art. 81 del Tratado cuyo apartado 1 establece la prohibición, y, a cambio, suprime la posibilidad de exención individual mediante autorización singular.

En lo que respecta a las conductas abusivas de posición dominante, el Reglamento 17/1962 no contemplaba la exención individual ni tampoco, lógicamente, la contempla el Reglamento 1/2003. Sin embargo, el Reglamento 17/1962 sí contemplaba en su art. 2 la “declaración negativa” de la Comisión, tanto para las conductas colusorias del art. 81.1 como para las abusivas de posición de dominio del art. 82. En efecto, dicho art. 2 disponía: «La Comisión podrá certificar, a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas, que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del apartado 1 del art. 85 (ahora 81) o del art. 86 (ahora 82) del Tratado». En el Reglamento 1/2003 desaparece ya esta posibilidad de la Comisión de emitir certificaciones negativas respecto a cualquier clase de conducta, ya sean las del art. 81 o las del art. 82<sup>35</sup>.

En consecuencia, en el nuevo Reglamento 1/2003 desaparece la “certificación negativa” que antes podía dictar la Comisión respecto de conductas enjuiciables por los arts. 81 y 82 y también desaparece la “decisión de autorización singular” que la Comisión antes podía dictar respecto de una conducta del art. 81.

La sustitución del sistema de notificación por la exención ha tenido críticos, que interpretan que el sistema de notificación era el previsto en el art. 81 del Tratado CE, y que consecuentemente su sustitución sólo puede hacerse modificando el Tratado. Éste ha sido el criterio del *Bundeskartellamt*, que ha originado un informe del Servicio Jurídico del Parlamento Europeo que, opuesto a esta interpretación, concluye que el nuevo sistema de excepción encaja perfectamente en el texto del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE<sup>36</sup>.

En todo caso, no puede descartarse que la polémica suscitada llegue algún día a los Tribunales comunitarios, como ha dejado escrito algún

<sup>35</sup> Dejamos a salvo aquí las oportunidades que, para pronunciarse en calidad de “guía”, deja abiertas el Reglamento 1/2003 a la Comisión y que después examinaremos.

<sup>36</sup> Para un mayor detalle, ver BERENGUER FUSTER (2003, p. 97). Sobre la compatibilidad con el Tratado CE de la sustitución del sistema de autorización por el de excepción legal, puede también verse un interesante trabajo del miembro de la *Merger Task Force* de la Comisión Europea, Enrique GONZÁLEZ (2000).

comentarista<sup>37</sup>. Pero, de momento, así están las cosas: se entroniza la exención legal y se otorgan facultades para interpretar en su integridad el art. 81 del Tratado CE, en paralelo con la Comisión, a las autoridades de competencia de los Estados miembros y a los jueces nacionales.

#### B. DESMONOPOLIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN POR LA COMISIÓN DEL APARTADO 3 DEL ART. 81 DEL TRATADO CE Y APLICACIÓN PARALELA POR AUTORIDADES Y JUECES NACIONALES

Como acabamos de decir, la interpretación del apartado 3 del art. 81 del Tratado, que contiene las condiciones para eximir de la prohibición a la concertación de voluntades entre operadores económicos perjudicial para la competencia y para el comercio entre Estados miembros, deja de ser monopolio de la Comisión y, mientras esté en vigor el Reglamento 1/2003, dispondrán de esa facultad, en paralelo, también las autoridades de competencia de los Estados miembros y los jueces nacionales. Es decir, las autoridades de competencia y los Tribunales nacionales de los Estados miembros podrán interpretar el apartado 3 del art. 81 y, en consecuencia, el artículo en su integridad. Y también podrán las autoridades y jueces nacionales interpretar y aplicar el art. 82 del Tratado CE, como ya sucedía anteriormente: el nuevo Reglamento 1/2003 dispone textualmente, en su art. 6: «Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado»<sup>38</sup>.

Durante la vigencia del Reglamento 17/1962, las autoridades de competencia y los jueces nacionales podían aplicar el art. 81.1 y el 82 del Tratado, y los jueces nacionales, por su parte, eran monopolistas de la “declaración de nulidad” que, en aplicación del 81.2, corresponde a las conductas prohibidas por el art. 81. El Reglamento 1/2003 faculta ahora a autoridades y jueces nacionales a aplicar los arts. 81 y 82 en su integridad, con la excepción de la “declaración de nulidad” del art. 81.2 que sigue siendo competencia exclusiva de los jueces nacionales<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 5).

<sup>38</sup> GALÁN CORONA (2003, p. 520) hace notar que los Tribunales nacionales disponían de competencia en el régimen anterior para aplicar el art. 81.1 y el art. 82 del Tratado CE, aunque el anterior Reglamento ni siquiera los mencionaba, porque el Tribunal de Justicia así lo había declarado desde muy pronto en casos en los que debían resolver controversias entre particulares. Así, en las tempranas Sentencias *Brasserie de Haecht* (1972) y *BRT/Saban* (1974), de las que emanó una doctrina luego continuada. Es verdad que esto fue así para todos los Estados miembros, aunque, como dice GALÁN CORONA (2003, p. 521), «sin perjuicio de que en la realidad española hasta fechas tardías no han obtenido (los jueces nacionales) el pleno reconocimiento». Ver, en este sentido, la voz «Exclusividad del Tribunal de Defensa de la Competencia», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 217), donde se recogen los hitos principales de la interpretación que nuestro Tribunal Supremo ha venido haciendo sobre esta cuestión. En FERNÁNDEZ VICIÉN (2001) también puede verse un interesante estudio sobre esta materia.

<sup>39</sup> Sobre la problemática que plantea la coexistencia de dos ordenamientos de posible aplicación a un caso, en un contexto de concurrencia de ambos, particularmente en lo que se refiere al respeto al principio *non bis in idem*, ver MENÉNDEZ REXACH (2002).

### C. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO SE INVOCA EL AMPARO DEL APARTADO 3 DEL ART. 81

En cuanto a la carga de la prueba, de la que se ocupa el art. 2 del nuevo Reglamento, hay que advertir que, aunque la misma recae siempre en la parte o la autoridad que la alegue, cuando se trate de una infracción de los arts. 81 y 82 del Tratado, quien invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del art. 81 deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previas en dicho apartado. Esto no supone novedad alguna respecto de lo previsto anteriormente en la tramitación de las solicitudes de exención singular, en las que la carga de la prueba corría siempre a cargo del solicitante. Si se reseña aquí es, aunque no suponga novedad, como advertencia. La situación queda como sigue: si se trata de probar una infracción del apartado 1 del art. 81, serán el denunciante o la autoridad a cuyo cargo corra el procedimiento quienes deban probarla, pero si lo que se trata de probar es que en la conducta examinada concurren las circunstancias del apartado 3, por lo que no procedería aplicar la prohibición, será la parte interesada en que no haya prohibición quien cargará con la correspondiente prueba.

### D. MODIFICACIÓN DEL JUEGO DEL PRINCIPIO DE LA “DOBLE BARRERA”

El Reglamento 1/2003 modifica la aplicación del llamado principio de la “doble barrera”, vigente en el régimen ahora derogado, según el cual una conducta colusoria o abusiva de posición de dominio, cuando afecte al comercio entre los Estados miembros, es susceptible de ser examinada a la luz de los arts. 81 u 82 del Tratado, según el supuesto de que se trate, y, simultáneamente, a la luz del correspondiente Derecho nacional de competencia.

En efecto, el art. 3 del nuevo Reglamento permite la aplicación del Derecho nacional de competencia en los casos de afectación del comercio comunitario aunque, como acertadamente resume MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 6), «supedita dicha aplicación al respeto de la jurisprudencia *Walt Wilhelm* hasta sus últimas consecuencias».

Así, el apartado 1 del art. 3 del Reglamento 1/2003 dispone que, cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los jueces nacionales apliquen su propio Derecho de competencia a conductas colusorias o abusivas de posición de dominio que puedan afectar al comercio comunitario, aplicarán también a dichas conductas, según el caso, el art. 81 o el 82 del Tratado. Pero en el apartado 2 se añade que de la aplicación del Derecho nacional de competencia no podrán resultar prohibidas conductas que puedan afectar al comercio comunitario pero que no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado, o reúnan las condiciones del apartado 3 del mismo, o que



estén cubiertas por un Reglamento de aplicación de dicho apartado 3. Es decir: «El Derecho nacional sólo podrá oponerse a un acuerdo si éste está también prohibido por el art. 81 del Tratado CE»<sup>40</sup>.

El apartado 2 del art. 3 del Reglamento 1/2003, por su parte, precisa que lo dispuesto en el Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral. Esta excepción al principio general se refiere a la aplicación de normas nacionales más estrictas que las comunitarias en materia de abuso de posición dominante y fue incluida en el Reglamento a petición de Alemania.

El apartado 3 del art. 3 del nuevo Reglamento establece otra excepción al principio general, al precisar que los apartados 1 y 2 no impedirán que se apliquen las disposiciones del Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los arts. 81 y 82 del Tratado<sup>41</sup>.

Coincidimos con MARTÍNEZ LAGE (2003, p. 7) cuando, analizando esta excepción, dice: «el art. 3.3 servirá, por ejemplo, para hacer posible la aplicación de nuestras normas de competencia desleal a un supuesto de afectación de los intercambios comunitarios, incluso aunque con ello se alcance una solución distinta a la que se obtendría con la aplicación exclusiva de los arts. 81 y 82. En nuestra opinión, sin embargo, la aplicación de las normas de competencia desleal en estos casos sólo podrá ser realizada por los jueces, y no por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) a través del art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). La razón es la siguiente: cuando este artículo hace un llamamiento —excepcional— a las normas de competencia desleal para que sean aplicadas por la autoridad administrativa, las convierte en normas que ya *no* persiguen principalmente un objetivo distinto de los arts. 81 y 82».

Estamos de acuerdo con esta interpretación: el art. 7 LDC, que regula el «falseamiento de la competencia por actos desleales», considera que tal falseamiento de la competencia —cuya persecución es el objetivo de la LDC— sólo se produce, cuando es mediante actos desleales, si se dan los siguientes supuestos: *a)* Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia del mercado. *b)* Que esa grave distorsión afecte al interés público. Cuando una conducta desleal, sin embargo, no encaja en estos supuestos, no hay falseamiento de la competencia y, por ello, la conducta desleal cae fuera del objetivo de la LDC, y el TDC no puede examinarla, como el propio art. 7 LDC dispone en su apartado 1.

<sup>40</sup> MARTÍNEZ LAGE (2003, p. 6).

<sup>41</sup> El apartado 3 del art. 3 del Reglamento 1/2003 también dispone, innecesariamente a nuestro juicio, que los apartados 1 y 2 no se aplicarán en el ámbito de los procedimientos de control de concentraciones, para los que la Comisión dispone de competencia exclusiva cuando las operaciones tienen dimensión comunitaria (art. 21 del Reglamento 4064/1989, sobre el control de operaciones de concentración entre empresas).

#### E. LA COMISIÓN PUEDE IMPONER REMEDIOS ESTRUCTURALES

Importante novedad —de cuya constitucionalidad cabe dudar—<sup>42</sup> es la contenida en el art. 7 del Reglamento 1/2003 según la cual la Comisión, cuando constate la existencia de una infracción de los arts. 81 u 82 del Tratado, podrá imponer a los infractores no sólo, como en el régimen anterior, remedios de comportamiento, sino que también podrá, alternativamente, imponer cualquier “remedio estructural” a los infractores (desinversiones, fraccionamiento del negocio, etc.), con la única limitación —exigible asimismo al remedio de comportamiento— de que sea “proporcionado” y “necesario” para conseguir el cese efectivo de la infracción. Si bien, el propio artículo precisa que «los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural».

#### F. LA COMISIÓN PUEDE CONCLUIR EXPEDIENTES MEDIANTE COMPROMISOS CON EL INFRACTOR SIN INTERVENCIÓN DE TERCEROS

El art. 9 del Reglamento 1/2003 dispone que la Comisión, cuando vaya a adoptar una decisión ordenando el cese de la infracción, y las empresas interesadas le propongan ciertos compromisos, podrá convertir éstos en obligatorios para las empresas mediante una decisión que podrá ser adoptada por un período determinado y en la que constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión.

La Comisión podrá reabrir el procedimiento, previa solicitud o de oficio, si tiene lugar alguna de las circunstancias siguientes: a) Se modifica la situación de hecho respecto de algún elemento esencial de la decisión. b) Las empresas afectadas incumplen sus compromisos. c) La decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes.

Conviene anotar que, a diferencia del procedimiento de terminación convencional en el Servicio de Defensa de la Competencia establecido en la LDC española, la modalidad prevista en el art. 9 del Reglamento no precisa contar con la participación de los interesados que quedan fuera del compromiso<sup>43</sup>.

Por otra parte, aunque la aceptación de compromisos era ya una práctica habitual de la Comisión ante infracciones no graves o cuya ilicitud suscitaba dudas, ahora se introduce una importante diferencia respecto del régimen práctico anterior: los compromisos de las empresas pasan

<sup>42</sup> Ver, a este respecto, MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 9).

<sup>43</sup> Ver, en este sentido, el art. 36 bis LDC y la voz «Terminación convencional», en PASCUAL Y VICENTE (2002, p. 380).

a ser obligatorios para ellas, mientras que anteriormente no cabía otra opción a la Comisión, ante el incumplimiento de los mismos, que reabrir el procedimiento y probar la existencia de infracción <sup>44</sup>.

#### G. REFORZAMIENTO DE LOS DISPOSITIVOS PARA LA APLICACIÓN UNIFORME DE LA NORMATIVA COMUNITARIA DE COMPETENCIA

La preocupación por una aplicación uniforme de los arts. 81 y 82 del Tratado CE late en el Reglamento 1/2003 desde el principio al fin, lo que lleva a ocuparse de la misma a diversos artículos, creando o reforzando dispositivos al efecto.

Así, buscando evitar la disparidad interpretativa mediante un cierto "control remoto" de la Comisión, el apartado 6 del art. 11 del nuevo Reglamento reconoce a ésta que pueda inhibir la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE a las autoridades nacionales de competencia cuando aquélla se disponga a incoar un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión. En Declaración conjunta del Consejo y la Comisión, anexa al Acta de la sesión del Consejo, se limita, sin embargo, esta prerrogativa de la Comisión a las tres siguientes circunstancias: *a)* Que exista peligro de adopción de decisiones divergentes por distintas autoridades nacionales en un mismo caso. *b)* Que la decisión prevista de una autoridad nacional entre de manera evidente en conflicto con precedentes consolidados. *c)* Que la Comisión tenga interés en pronunciarse para desarrollar la política de competencia en un determinado caso.

También el nuevo Reglamento consagra en su art. 15 la facultad general de la Comisión y particular de las autoridades de competencia en sus respectivos Estados miembros, de presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado <sup>45</sup>.

Por otra parte, el art. 16 del Reglamento 1/2003 dispone que los jueces y las autoridades nacionales de competencia, cuando se pronuncien sobre conductas de los arts. 81 y 82 del Tratado CE que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán dictar resoluciones incompatibles con la misma. El propio art. 16 dispone también que los jueces nacionales, cuando se pronuncien sobre un asunto sometido a procedimiento por la Comisión sin que aún exista decisión, evitarán dictar resoluciones contradictorias con la decisión prevista de la Comisión, otorgándose a los jueces nacionales la facultad de apreciar si procede suspender el procedimiento <sup>46</sup>.

<sup>44</sup> GALÁN CORONA (2003, p. 512).

<sup>45</sup> MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 8) plantea la cuestión, que podrá suscitarse en España, relativa a qué autoridad nacional corresponderá esta importante función de *amicus curiae* en nuestro país, si al Tribunal de Defensa de la Competencia, al Servicio o a ambas.

<sup>46</sup> La obligada actuación de los jueces nacionales de no dictar resoluciones incompatibles con la decisión de la Comisión se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el art. 234 del Tratado CE.

## H. CREACIÓN DE LA RED EUROPEA DE COMPETENCIA Y OTROS DISPOSITIVOS DE COOPERACIÓN

A la cooperación entre Comisión y autoridades de competencia y jueces nacionales dedica el nuevo Reglamento su Capítulo IV, precisamente titulado así: «Cooperación». Además se crea una «Red Europea de Competencia»<sup>47</sup>, fundamentalmente con el objeto de optimizar, según el «principio de la autoridad mejor situada»<sup>48</sup>, el reparto de tareas entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia. El funcionamiento de esta Red Europea se regula en una «Declaración conjunta del Consejo y la Comisión» *ad hoc*, incorporada al Acta de la sesión del Consejo donde se aprobó el Reglamento<sup>49</sup>.

Esta Red estará integrada por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia, instrumentándose la cooperación entre los miembros de la Red mediante intercambios de información que se regulan en el art. 12 del Reglamento.

En el apartado 1 de este artículo se faculta a la Comisión y a las autoridades nacionales «para intercambiar y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de Derecho, incluida información confidencial».

El apartado 2 del mismo art. 12 matiza esta facultad al disponer que la información intercambiada «sólo se utilizará como medio de prueba a efectos de la aplicación de los arts. 81 u 82 del Tratado y respetando la finalidad para la cual fue recopilada». No obstante, cuando se aplique a un mismo asunto el Derecho de competencia nacional y comunitario en paralelo y hacerlo así no conduzca a resultados diferentes, la información intercambiada podrá ser utilizada también para aplicar el Derecho nacional de la competencia.

El apartado 3 del art. 12 del Reglamento 1/2003 prevé que la información intercambiada con arreglo al apartado 1 pueda ser utilizada como medio de prueba para imponer sanciones a las personas físicas «cuando la legislación de la autoridad remitente prevea dicho tipo de sanciones en relación con las infracciones de los arts. 81 u 82 del Tratado o, si no es ése el caso, cuando la información se haya obtenido respetando el mismo nivel de protección de los derechos de las personas físicas

<sup>47</sup> El considerando 15 del Reglamento 1/2003 anticipa la idea de esta Red cuando señala que «conviene que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros formen conjuntamente una red de autoridades públicas que apliquen las normas de competencia comunitarias en estrecha cooperación». La Red se pergeña luego en el art. 11 del Reglamento, que articula un sistema de colaboración entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión, instrumentado principalmente a base de un intenso intercambio de información.

<sup>48</sup> «Autoridad mejor situada» quiere decir, según la Declaración, la autoridad que mejor puede mantener o restablecer la competencia en el mercado principalmente afectado por la conducta.

<sup>49</sup> *Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities*, Doc. 15435/02, ADD 1, de 10 de diciembre de 2002.

que el que establecen las normas nacionales de la autoridad receptora. Sin embargo, en este caso, la información intercambiada no podrá ser utilizada por la autoridad receptora para imponer penas privativas de libertad».

En evitación de que las autoridades se “pisen” unas a otras los casos, o se solapen en la resolución de los mismos, el art. 13 del Reglamento 1/2003 establece que, cuando la Comisión y o las autoridades nacionales de competencia de varios Estados miembros sean destinatarias de una denuncia o hayan iniciado de oficio un procedimiento contra la misma conducta en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado, el hecho de que una de estas autoridades esté instruyendo el asunto será motivo suficiente para que las demás suspendan su propio procedimiento o desestimen la denuncia, desestimación que también podrá hacerse cuando la conducta haya sido ya tratada por otra autoridad de competencia.

Para salvaguardar la seguridad jurídica de las empresas, se establece que la asignación de cualquier asunto, que habrá de hacerse en un plazo no superior a tres meses, deberá de seguir un curso previsible, a cuyos efectos la Comisión preparará una Comunicación que sirva de guía.

El criterio general de asignación es que cada caso corresponderá a la autoridad que lo haya comunicado a la Red, aunque otra autoridad puede oponerse si se considera “mejor situada”. De cada asunto, en principio, deberá ocuparse una sola autoridad, particularmente si los autores de la conducta están domiciliados en el mismo Estado miembro y sus efectos se producen sólo en el mismo. No obstante, cuando los efectos se proyecten en más de un Estado miembro, las autoridades respectivas deberán ponerse de acuerdo en cuál de ellas se ocupa del caso y, si el acuerdo no es posible, las autoridades deberán coordinarse y designar a una de ellas como principal<sup>50</sup>.

En cuanto a la asignación de casos en favor de la Comisión, la citada «Declaración» considera que la misma se encuentra “mejor situada” en los siguientes supuestos: *a)* La conducta afecta a más de tres Estados miembros. *b)* La conducta está relacionada con disposiciones comunitarias que pueden ser aplicadas en exclusiva o mejor por la Comisión. *c)* El interés comunitario aconseja que se adopte una decisión comunitaria para desarrollar la política de competencia. *d)* Para garantizar una aplicación efectiva de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. En todo caso, el apartado 6 del art. 11 del nuevo Reglamento —como más arriba se ha indicado— otorga a la Comisión la facultad de recabar los casos para sí, aunque el apartado 3 del art. 35 del propio Reglamento restrinja esta potestad de la Comisión a los casos que se encuentren en sede de las autoridades administrativas o en las judiciales que actúan como autoridades nacionales de competencia.

<sup>50</sup> Esta manera tan poco precisa de asignación de asuntos entre las autoridades nacionales no trabaja en beneficio de la seguridad jurídica desde luego y ha creado cierta inquietud entre los abogados que parece justificada. Ver, en este sentido, MARTÍNEZ LAGE (2003b, p. 4).

Como perspicazmente se ha advertido<sup>51</sup>, el apartado 4 del art. 35 establece una excepción al principio general que puede ser de aplicación al caso español, que tiene institucionalmente separada la instrucción (Servicio de Defensa de la Competencia) y la resolución (Tribunal de Defensa de la Competencia) de los expedientes. La excepción al principio general consistiría, en el caso español, en que la Comisión únicamente podría inhibir la actuación del Servicio de Defensa de la Competencia («incoando ella misma su propio procedimiento»), pero no podría inhibir al Tribunal de Defensa de la Competencia, una vez en su sede el expediente.

En efecto, el apartado 4 del art. 35 del Reglamento 1/2003 dice así: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 y siempre y cuando se cumplan las condiciones del presente apartado, en los Estados miembros donde esté previsto que una autoridad instructora presente sus conclusiones ante otra autoridad específica de “carácter judicial” para la adopción de determinados tipos de decisiones previstos en el art. 5 del presente Reglamento, la aplicación del apartado 6 del art. 11 sólo afectará a la autoridad instructora que, en consecuencia, retirará su demanda poniendo así fin efectivo al procedimiento nacional ante la autoridad judicial cuando la Comisión incoe su propio procedimiento».

Ciertamente, el Tribunal de Defensa de la Competencia no es una autoridad de “carácter judicial” *stricto sensu*. Estimamos, sin embargo, que puede considerarse al mismo incluido en el supuesto del apartado 4 del art. 35 del Reglamento al concurrir en nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia la facultad de adoptar las decisiones previstas en el art. 5 del Reglamento y haber sido reconocido su carácter de “órgano jurisdiccional” por el Tribunal Superior de las Comunidades Europeas, si bien lo fue a los efectos de plantear cuestiones prejudiciales conforme al art. 234 del Tratado CE<sup>52</sup>.

## I. AUMENTAN LAS POTESTADES DE LA COMISIÓN

El Reglamento 1/2003 extiende los poderes de investigación de la Comisión, pudiendo destacarse entre las principales novedades en esta materia las siguientes: a) La Comisión podrá recabar declaraciones (art. 19), si bien con la aceptación de la persona física o jurídica afectada. b) La Comisión podrá inspeccionar, además de los propios de la empresa, los domicilios y vehículos particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal (art. 21), así como precintar temporalmente los mismos, aunque contando con mandato del juez nacional, quien apreciará la proporcionalidad de las medidas, tomando en consideración los

<sup>51</sup> MARTÍNEZ LAGE (2003b, p. 5).

<sup>52</sup> Así, en la Sentencia *Dirección General de Defensa de la Competencia vs. Asociación Española de Banca Privada y otros*, de 16 de julio de 1992 (C 67/91, Rec., 1992, p. I-4786), en que el Tribunal de Justicia acepta pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Defensa de la Competencia español. Ver, en este sentido, PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 332).

motivos de sospecha de la infracción, su gravedad, la naturaleza de la participación en la misma de la empresa en cuestión y la probabilidad de encontrar documentos incriminatorios. El juez nacional no podrá poner en cuestión, sin embargo, la necesidad de proceder a la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión, reservándose al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el control de la legalidad de la decisión de la Comisión (art. 20.8).

También las sanciones que puede imponer la Comisión se ven modificadas en el Reglamento 1/2003, aunque en aspectos concretos que respetan los criterios generales anteriores. Así, mientras se mantiene en el 10 por 100 del volumen de negocios total del ejercicio anterior el límite de las multas sancionadoras, se establece en el 5 por 100 del volumen de negocios medio diario el límite para las multas coercitivas, frente al anterior rango de 50-1.000 euros diarios por obligación incumplida. También se modifica el nivel de las multas por no colaborar con la Comisión durante la instrucción que, frente al anterior rango de 100-5.000 euros, ahora pueden llegar hasta el 1 por 100 del volumen total de negocio del ejercicio anterior.

Sin embargo, como se ha destacado<sup>53</sup>, la principal novedad del Reglamento en materia de sanciones es la que tiene lugar con respecto a las asociaciones de empresas. En efecto, el art. 23 («Multas sancionadoras»), que faculta a la Comisión para, en determinadas circunstancias, imponer multas de este carácter a las asociaciones de empresas de hasta el 1 por 100 del volumen de negocios del año anterior, también establece, con respecto a su pago y subsidiariamente, la responsabilidad solidaria de las empresas asociadas cuyos representantes sean miembros de los pertinentes órganos de gobierno<sup>54</sup>, con el límite para cada una del 10 por 100 de su respectiva cifra de negocios del ejercicio anterior (apartado 4)<sup>55</sup>.

## J. COMUNICACIONES ACLARATORIAS

El art. 33 del nuevo Reglamento 1/2003 faculta a la Comisión para dictar “normas de desarrollo” del mismo, exigiéndola que, antes de dictar cualquier disposición, publique un proyecto e invite a todas las partes

<sup>53</sup> GALÁN CORONA (2003, p. 515).

<sup>54</sup> Quedan relevadas de esta responsabilidad las empresas asociadas miembros de los órganos de gobierno que demuestren que no han aplicado la decisión constitutiva de infracción tomada por ésta y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que la Comisión iniciara la investigación del caso (párrafo 4 del art. 23.4 del Reglamento).

<sup>55</sup> GALÁN CORONA (2003, p. 516) hace, a este respecto, una puntualización sagaz: «Siendo la aludida responsabilidad de las empresas miembros de la asociación (pertenecientes a los órganos de gobierno) el resultado de la normativa comunitaria, habrá de atenderse a la específica naturaleza jurídica de la asociación de empresas, conforme al Derecho nacional, para establecer el derecho de regreso de la empresa o empresas que hayan satisfecho el importe de la multa frente a la asociación y, en su caso, los demás miembros de ésta».

interesadas a presentar sus comentarios en el plazo de un mes, así como que recabe la opinión del Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes.

En este sentido, la Comisión hizo públicas en octubre de 2003 dos comunicaciones de gran interés. Una, mediante la que invita a enviar comentarios sobre el proyecto —que se adjunta— de Reglamento (CE) de la Comisión relativo a sus procedimientos con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE<sup>56</sup> y, otra, por la que se invita a presentar comentarios sobre los siguientes proyectos —adjuntos—, de comunicación de la Comisión<sup>57</sup>:

1. Proyecto de Comunicación de la Comisión sobre cooperación en la Red de Autoridades de Competencia.

2. Proyecto de Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

3. Proyecto de Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

4. Comunicación relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los arts. 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación).

5. Proyecto de Comunicación-Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado.

6. Proyecto de Comunicación-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado.

En la fecha de redacción de estas páginas (marzo de 2004), al parecer la Comisión está preparando otros proyectos de comunicaciones sobre compromisos de comportamiento y estructurales en el marco de los arts. 81 y 82 del Tratado CE y sobre empresas en participación de producción sin “plenas funciones” que, por ello, están fuera del control de concentraciones pero, por lo mismo, sujetas al art. 81 del Tratado.

## 6. EFECTOS PREVISIBLES DEL REGLAMENTO 1/2003 EN ESPAÑA

Como decíamos al principio de este trabajo, el Reglamento 1/2003 revoluciona el sistema de control de conductas en la Comunidad Europea, lo que acabará afectado a la política de competencia particular de cada Estado miembro. Además, las autoridades nacionales de competencia y

<sup>56</sup> «Comunicación de conformidad con el art. 33 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado», *DOCE*, núm. C 243/03, de 10 de octubre de 2003, pp. 3-9.

<sup>57</sup> «Comunicación por la que invita a terceros a presentar comentarios sobre los proyectos de comunicación de la Comisión (citados arriba)», *DOCE*, núm. C 243/04, de 10 de octubre de 2003, pp. 10-79.



los jueces habrán de acometer nuevas tareas, y las empresas tendrán que asumir responsabilidades que antes, en el sistema de notificación/autorización, podían trasladar a la Comisión. En fin, incluso la naturaleza del asesoramiento profesional en materia de competencia cambia con el nuevo sistema, pasando a desempeñar un papel primordial en el mismo el análisis económico. El cambio afectará ampliamente, por ello, a los agentes públicos y privados de todos los Estados miembros, involucrados en asuntos que tengan que ver con la competencia y el comercio interior en el mercado común. España particularmente se verá afectada. Las siguientes reflexiones se proponen barruntar cómo.

#### A. EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

La norma básica que configura el Derecho español de la competencia en la actualidad es la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>58</sup> —modificada por el legislador en diversas oportunidades—<sup>59</sup>, que tiene su antecedente inmediato en la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia<sup>60</sup>.

La defensa de la competencia se concibe en nuestra Ley 16/1989, según su *Exposición de Motivos*, «como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución», donde «se reconoce la libre empresa en el marco de una economía de mercado» y se encomienda a esos poderes públicos que la garanticen y protejan su ejercicio.

Pero, al mismo tiempo que se propone el ejercicio de actualizar el Derecho de la competencia español en consonancia con nuestra Constitución, la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 se propone también la tarea de “europeizar” la norma básica española en esta materia. Lo cual se logra bastante bien en la concepción del “control de conductas”. En efecto, los arts. 1 y 6 de la Ley española son casi un calco de los arts. 81 y 82 (antes 85 y 86) del Tratado CE, los cuales prohíben, respectivamente, las conductas colusorias y las conductas abusivas de posición dominante.

Lo que principalmente diferencian las normas de “control de conductas” de nuestra Ley respecto de las comunitarias es que el art. 7 de la LDC contiene una prohibición por completo extraña a las normas de competencia comunitarias. Es la relativa al “falseamiento de la competencia por actos desleales” que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado, afectando al interés público. Pero dejando

<sup>58</sup> BOE, de 18 de julio.

<sup>59</sup> Para más detalle, ver la voz «Derecho de la Competencia», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 188).

<sup>60</sup> BOE, de 23 de julio.

aparte este casticismo, el enfoque y la concreción de las conductas prohibidas es paralelo en una y otra normativa, la española y la comunitaria <sup>61</sup>.

Son también análogos los enfoques prohibición/autorización de ambas normativas acerca de las conductas colusorias. En efecto, el apartado 1 de los arts. 81 del Tratado y 1 LDC prohíben en ambos casos determinadas conductas, pero luego el apartado 3 del Tratado y el art. 3 LDC permiten que se exima de la prohibición a aquellas conductas colusorias que reúnan determinadas características especificadas.

Durante la vigencia del Reglamento 17/1962, el mecanismo de excepción de la prohibición era también análogo en la normativa europea y en la española, ya que —en la Comunidad— el Reglamento 17/1962 facultaba en exclusiva a la Comisión para autorizar singularmente una conducta que, estando prohibida por el apartado 1 del art. 81, reuniera, a su juicio, los requisitos del apartado 3; y, asimismo, la facultaba para eximir en bloque de la prohibición, mediante Reglamento, a toda una categoría de conductas que, a su juicio, reunieran los requisitos del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE. Y, paralelamente, el art. 4 LDC faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) para otorgar la correspondiente autorización singular a las conductas que, prohibidas por el art. 1, reúnan los requisitos del art. 3; y al Gobierno, previo informe <sup>62</sup> del TDC, le faculta el art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia para dictar Reglamentos de exención por categorías de la prohibición del art. 1.1.

El paralelismo descrito ha quedado roto, sin embargo, con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, puesto que la Comunidad ha cambiado la pauta de aplicación del art. 81: la prohibición del apartado 1 queda “legalmente” exenta de prohibición, según el apartado 3, si concurren los requisitos que el mismo establece; serán los operadores económicos quienes deban asumir la responsabilidad de que sus conductas sean legales en estas condiciones y la Comisión, las autoridades de competencia o los jueces nacionales serán quienes —*a posteriori*, en su caso— habrán de comprobar que no se ha cometido infracción o que, por el contrario, ésta sí ha tenido lugar.

Es decir, mientras que en la legislación española sigue vigente el sistema de autorización singular, en la normativa comunitaria europea el sistema de autorización singular ha sido sustituido por el de excepción legal.

La cuestión que cabe plantearse ahora es la siguiente: ¿debe el sistema español mantener por mucho tiempo esta importante diferencia entre la aplicación del art. 1 LDC y la del art. 81 del Tratado? Estando en el telar la reforma europea, recién publicado el Libro Blanco, algún autor <sup>63</sup>

<sup>61</sup> El régimen de conductas prohibidas en el ordenamiento nacional, antes y después de la reforma de la Ley 17/1989 por la Ley 52/1999, se estudia en PASCUAL Y VICENTE (2000a y 2002b).

<sup>62</sup> Obligatorio pero no vinculante.

<sup>63</sup> BENEYTO (1999).

ya decía que la reforma prevista, de llevarse a cabo íntegramente, iba a implicar tal conjunto de modificaciones que el resultado sería un nuevo Derecho comunitario de la competencia que habría de tener repercusiones significativas en los sistemas nacionales de competencia, de tal suerte que podría decirse —se afirmaba entonces— que la Comisión, con su empeño reformador, estaba diseñando un nuevo sistema de defensa de la competencia a nivel europeo. Creemos que los pronósticos se han cumplido y que España no puede hacer oídos sordos a la reforma. De hecho, aunque modestamente, ya ha dado algún paso en la dirección que marca la reforma europea, aunque no todavía en la asimilación a la norma española del Reglamento 1/2003: en efecto, por lo que se refiere a las restricciones verticales a la competencia en particular, el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, que contiene un nuevo régimen nacional de exenciones por categorías y autorizaciones singulares, es un hijo natural del proceso reformador europeo <sup>64</sup>.

Es importante, a nuestro juicio, que el legislador español aborde decididamente el cambio de sistema del control de conductas adaptándolo al comunitario europeo. Pero porque lo consideramos importante, creemos que la reforma completa no debe abordarse con prisas (el cambio, por ser importante, no debe ser urgente). Por eso estaríamos en condiciones de suscribir lo dicho por un comentarista de la reforma europea: el nuevo Reglamento 1/2003 «podría poner en cuestión la idoneidad e incluso legitimidad de la continuidad del vigente sistema de notificación en España... (pero) nos inclinamos por el mantenimiento del actual sistema, al menos durante algunos años, hasta que el nuevo sistema comunitario haya demostrado que es mejor que el actual» <sup>65</sup>.

## B. EFECTOS EN LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA

En España, las autoridades nacionales de competencia están definidas y reguladas por el Título II de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece dos órganos, uno de instrucción y otro de resolución. Son el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, respectivamente <sup>66</sup>.

El Servicio es parte del Ministerio de Economía, una Dirección General del mismo en este momento, y le corresponden, en materia de control de conductas, los papeles siguientes: instruir los expedientes y, en su caso, promover y acordar la terminación convencional de los procedimientos tramitados por las conductas previstas en la Ley de Defensa de la Competencia española, así como llevar a cabo las funciones de cooperación entre la Administración española y la Comisión Europea en la aplicación

<sup>64</sup> Puede verse un estudio al respecto en PASCUAL Y VICENTE (2003a).

<sup>65</sup> MARTÍNEZ LAGE (2003b, p. 9).

<sup>66</sup> Para más detalle, ver la voz «Órganos de defensa de la competencia», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, pp. 288-289).

en España de las reglas comunitarias de competencia. En la práctica, esto supone que al Servicio de Defensa de la Competencia corresponde actuar como órgano instructor en los expedientes sancionadores relativos a las conductas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC y —dentro del Régimen del Reglamento 17/1962— por los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE, y también en los expedientes de autorización singular relativos a conductas prohibidas por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero incursas en los supuestos del art. 3. En el régimen de control de conductas instaurado por el Reglamento 1/2003 para la Comunidad Europea, al Servicio corresponderá ahora instruir los expedientes sancionadores por conductas enjuiciables a la luz del art. 81 del Tratado en su integridad y del art. 82. Es decir, el Servicio antes no podía entender del art. 81.3 del Tratado CE y, ahora con el Reglamento 1/2003 en vigor, sí lo hará.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, por su parte, aunque adscrito orgánicamente al Ministerio de Economía, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico. Es un organismo autónomo colegiado compuesto por nueve miembros al que compete, por lo que respecta al control de conductas, resolver los expedientes instruidos por el Servicio, ya sean sancionadores por conductas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC y —dentro del Régimen del Reglamento 17/1962—, por los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE o de autorización singular relativos a conductas prohibidas por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero incursas en los supuestos del art. 3. En el régimen comunitario europeo de control de conductas instaurado por el Reglamento 1/2003, al Tribunal corresponde ahora resolver los expedientes sancionadores por conductas enjuiciables a la luz del art. 81 del Tratado en su integridad y del art. 82. Es decir, como paralelamente ocurría al Servicio por lo que se refiere a la instrucción, el Tribunal, que antes no podía entender del art. 81.3 del Tratado CE, sí puede hacerlo ahora con el Reglamento 1/2003 en vigor.

Si consideramos que los supuestos de excepción del apartado 3 del art. 81 del Tratado y los del apartado 1 del art. 3 de la Ley española de Defensa de la Competencia son los mismos <sup>67</sup>, así como que el Servicio y el Tribunal —con equipos bidisciplinarios de economistas y juristas, en ambos casos— tienen una dilatada experiencia, cada uno en su papel,

---

<sup>67</sup> Será útil ahora recordarlos. El apartado 3 del art. 81 del Tratado CE hace referencia a las conductas «que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, 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». El apartado 1 del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, por su parte, se refiere a las conductas «que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada en 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». Contenidos iguales, pues, como hemos señalado.

en la aplicación del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, puede fácilmente comprenderse que no represente, para ninguna de las dos instituciones, reto alguno, desde el punto de vista del conocimiento, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, que otorga también a las autoridades nacionales la facultad de interpretar el apartado 3 dentro de una aplicación completa del art. 81 del Tratado: el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia están muy acostumbrados a aplicar el análisis económico en un contexto jurídico, en procesos permanentes de fertilización cruzada de conocimientos técnicos entre los economistas y los juristas que forman sus equipos.

Sí puede significar un reto para ambos, sin embargo, hacer bien el papel de “orientadores” de la judicatura en este campo, que el Reglamento 1/2003 les asigna —conjuntamente con la Comisión, como antes ya se indicó— al facultarles su art. 15 para presentar «observaciones a los órganos jurisdiccionales» sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado.

A estos efectos, conviene hacer algunas consideraciones. La primera es que la redacción del art. 15 del Reglamento 1/2003 no ofrece dudas, a nuestro juicio, respecto de a quién se otorga esta facultad en España: consideramos que es a ambas autoridades nacionales de competencia: al Tribunal y al Servicio. La segunda observación es que el art. 15 es, sin embargo, confuso respecto a que las observaciones que puedan hacer las autoridades nacionales de competencia a los órganos judiciales deban referirse sólo a asuntos en curso o también a casos hipotéticos, pues su apartado 2, que faculta a las autoridades nacionales de competencia para remitir a los órganos jurisdiccionales nacionales por propia iniciativa observaciones escritas y verbales, exigiendo «la venia del Tribunal de que se trate» para estas últimas, precisa que las autoridades nacionales podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita todos los «documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate». ¿Quiere eso decir que no caben las observaciones generales sobre casos hipotéticos? La tercera observación se refiere al destinatario de las observaciones de las autoridades nacionales de competencia: ¿es el juez concreto del asunto en curso, si los casos hipotéticos no caben?; ¿podría ser el Consejo General del Poder Judicial, pongamos por caso, si las observaciones fueran “en hipótesis”? Finalmente, el art. 15 no despeja si cabe petición judicial de “observaciones” ¿concretas o abstractas?, ni si habría obligación de emitirlas por las autoridades nacionales.

Las cuestiones que acabamos de plantear aconsejarían, en todo caso, dictar las correspondientes normas interpretativas para que temas tan importantes como éstos no queden al albur. Una primera ya ha sido dictada; en efecto, el apartado 5 del art. 95 de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos para 2002, modificativo de la Ley 16/1989, introduce una disposición adicional única en la Ley de Defensa de la Competencia donde se establece que los Juzgados y Tribunales remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia, simultáneamente a su notificación a las

partes, copia de las sentencias de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado recaídas en los procedimientos civiles <sup>68</sup>.

Es decir, el Servicio de Defensa de la Competencia se convierte en receptor de las sentencias judiciales de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, lo que aconsejará crear en su seno una “unidad de análisis”, que permita a nuestras autoridades nacionales de competencia disponer de un material imprescindible para emitir observaciones esporádicas sobre sentencias individuales e informes periódicos —con las correspondientes observaciones— sobre aplicación por los Tribunales de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

En nuestra opinión, y con independencia de que la “unidad de observación” se inscriba en el Servicio, respondería al espíritu de nuestra legislación de competencia que de tales “orientaciones” a los órganos jurisdiccionales —ya fueran ocasionales o periódicas— se responsabilizara al Tribunal de Defensa de la Competencia, a cuyo Pleno habría de corresponder su aprobación <sup>69</sup>.

### C. EFECTOS EN LA JUDICATURA

Como la Comisión apreciaba en su Propuesta del nuevo Reglamento 1/2003, los órganos jurisdiccionales nacionales ejercen una función esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia porque «salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares». Ciertamente, las autoridades judiciales españolas han venido gozando de la facultad de aplicar el apartado 1 del art. 81 y la totalidad del art. 82 del Tratado durante la vigencia del Reglamento 17/1962. Pero, como ya se ha dicho en estas mismas páginas, esto ha sido así sólo en teoría hasta muy recientes fechas, porque el Tribunal Supremo ha estado manteniendo durante bas-

<sup>68</sup> Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, de 31 de diciembre, p. 46934). La mencionada nueva Disposición Adicional de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice expresamente lo siguiente:

«Disposición Adicional Única. *Adaptación al 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.*—A efectos del cumplimiento del art. 15 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, los Juzgados y Tribunales remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia, al mismo tiempo de su notificación a las partes, copia de las sentencias recaídas en los procedimientos judiciales civiles de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea a los que se refiere el art. 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».

<sup>69</sup> No debe desconocerse que la única referencia legal a una relación entre los jueces y las autoridades nacionales de competencia, de la que se derive para aquéllos criterios procedentes de éstas, es el apartado 3 del art. 13 de la Ley de Defensa de la Competencia, que reza así: «El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, cuando le sea requerido por órgano judicial competente, emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciados y terceros que hubieran resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas».

tante tiempo una línea jurisprudencial limitativa para el ejercicio de esta facultad por los Tribunales ordinarios<sup>70</sup>. Y es además significativo que, en una de sus sentencias limitativas de hace apenas cinco años<sup>71</sup>, el Tribunal Supremo llegara a decir que el problema de dilucidar si se han llevado a cabo conductas prohibidas «alimenta una polémica que no puede ser enjuiciada por los órganos de la jurisdicción civil», sino únicamente por el Tribunal de Defensa de la Competencia. No puede calificarse de aventurada la hipótesis según la cual nuestro alto Tribunal pensara eso entonces conociendo que la formación de los jueces españoles —de muy elevado nivel en el ámbito jurídico— es generalmente muy limitada o nula en el ámbito del análisis económico, que tan necesario es para poder apreciar fundadamente las infracciones de los arts. 81 y 82 del Tratado, máxime si, como ocurre en España, los jueces civiles españoles no disponen de equipos permanentes de asesoramiento económico.

La realidad, sin embargo, es que, sin que estas limitaciones de conocimiento y asesoramiento hayan sido superadas, los jueces españoles han de aplicar al día de hoy plenamente los arts. 81 y 82 del Tratado CE, según el régimen del Reglamento 1/2003, que les lleva a tener que pronunciarse —ahora por primera vez— sobre cuestiones tan ajenas a su formación y a su disposición de asesoramiento como las relativas a si una conducta colusoria anticompetitiva —y debe apreciar el juez que sí lo es—, que estaría prohibida en principio, es susceptible de no incurrir en la prohibición porque contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Esto es sólo un ejemplo y no, por cierto, de los más complejos que pueden ponerse<sup>72</sup>.

Ciertamente a la judicatura española, como a las demás, este tipo de reto vinculado a la necesidad de un cierto conocimiento de la ciencia económica se le viene planteando desde hace tiempo y el Reglamento 1/2003 no hace más que agravar una deficiencia ya existente antes. También es verdad que se viene intentando dar respuesta al reto, aquí y en los demás países, desde hace tiempo, aunque de manera muy limitada y tímida. La creación de los Juzgados de lo Mercantil en España responde precisamente a la necesidad de atajar el problema que venimos comentando. Pero valdría la pena reflexionar sobre si lo hecho es bastante. Me consta que nuestro Consejo del Poder Judicial está preocupado por la necesidad de conocimiento económico de los jueces y que acertadamente ha puesto en marcha alguna iniciativa para lograrlo. Aplaudámoslo, pero sin dejar de interrogarnos sobre si no ha llegado la hora de incorporar a los programas de las oposiciones a la judicatura una sección bien pensada de temas de

<sup>70</sup> Como más arriba se apuntó, de esta evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo da cuenta la voz «Exclusividad del Tribunal de Defensa de la Competencia», en nuestra obra PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 217).

<sup>71</sup> Sentencia *United International Pictures/Salsa Hermanos*, de 4 de noviembre de 1999.

<sup>72</sup> Se ha sugerido [R. SALVADOR ROLDÁN (2003)] que las nuevas funciones que el Reglamento 1/2003 otorga a los jueces nacionales van a estimular la presentación ante ellos de reclamaciones por daños y perjuicios. Ésta es, sin embargo, una hipótesis que nos parece aventurada.

Economía. No conviene ignorar que probablemente haya en estos momentos ya una masa crítica suficiente de licenciados que lo son a la vez en Derecho y Economía, como para pensar en crear un cuerpo de opositores con el perfil doblemente jurídico-económico necesario, aunque quizá habría que revisar el sistema de incentivos para que un joven universitario licenciado en Derecho y en Economía se disponga a prepararse para ser juez, asumiendo los costes de oportunidad de dedicaciones profesionales alternativas.

Con todo, hay que decir que el legislador español no ha permanecido impasible ante los nuevos hechos, sino que, por el contrario, ha hecho algo interesante a corto plazo: la Ley Orgánica 8/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985<sup>73</sup>, en su art. 2.7, añade un nuevo art. 86 ter a esta última, cuyo apartado 2 dispone: «Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean competencia del orden jurisdiccional civil, respecto... f) De los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado». Mejor para estos asuntos un juez de lo mercantil que uno cualquiera, desde luego.

Creo, sin embargo, que no es bastante. Entre mi propuesta para el largo plazo —Economía en los programas de oposiciones a la judicatura— y esta medida para el corto —reservar ciertos asuntos que exigen conocimiento económico a los jueces mercantiles—, sería aconsejable asimilar lo hecho por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea —fundamentalmente en cuanto a dotación a los jueces de equipos permanentes bidisciplinarios de asesoramiento—, para haber logrado dictar unas sentencias que son —también en lo económico— de una calidad admirable.

#### D. EFECTOS EN LAS EMPRESAS

La aplicación del Reglamento 1/2003 va a tener una incidencia muy notable en las empresas, para las cuales el nuevo régimen significará más libertad de actuación, pero simultáneamente un cambio de escala importante en el nivel de responsabilidad de sus directivos.

Antes, con el Reglamento 17/1962, si a la dirección de una empresa se le ocurría llevar a cabo una acción concertada con otras, le bastaba para actuar dentro de la legalidad con consultar a su asesor jurídico en *antitrust*, ya fuera interno o externo. El experto legal advertiría entonces a su consultante, si fuera el caso, acerca de la prohibición que hipotéticamente podía pesar sobre dicha conducta, en virtud del art. 81.1 del Tratado (o del art. 82, si la conducta fuera susceptible de ser considerada abusiva de una posición de dominio).

<sup>73</sup> Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, de 10 de julio, pp. 26901 ss.).



Ahora bien, en el régimen vigente con el Reglamento 17/1962, el asesor, pensando que la conducta tiene alguna probabilidad de contravenir el art. 81.1 del Tratado o el art. 82, aconsejaría al director notificar la conducta a la Comisión a fin de obtener de ella una certificación negativa. Si tal certificación fuera conseguida, la empresa podría llevar a cabo la prevista conducta sin miedo a ser inculpada. Con una solicitud de autorización singular para la conducta en cuestión, estaba en condiciones de ver su conducta exonerada de la prohibición siempre que fuera capaz de acreditar ante la Comisión que, aun siendo la conducta de las prohibidas por el art. 81.1, concurrían en la misma las condiciones establecidas en el art. 81.3 del Tratado. Obtenida la autorización singular, la empresa quedaba libre de actuar sin temor a inculpación; por el contrario, habría de desistir en su conducta si la Comisión le denegara la autorización singular solicitada.

Esta forma de actuar permitida por el Reglamento 17/1962, aunque polietápica y procedimentalmente compleja, hacía posible que la dirección de la empresa se curase en salud, siempre que deseara no transgredir la legalidad y estuviera dispuesta a contratar asesores que conocieran el citado procedimiento ante la Comisión.

Pero el Reglamento 1/2003 ha cambiado por completo las reglas de juego, como reiteradamente venimos diciendo. Ahora ya no caben las notificaciones ni las solicitudes de autorización singular que antes podían hacerse a la Comisión. En el nuevo régimen, la dirección de la empresa deberá evaluar, en todos sus procesos de toma de decisión que puedan conducir a conductas susceptibles de infringir el art. 81.1 del Tratado, si estas conductas son al mismo tiempo capaces de generar un cuadro de características compensatorias como el previsto en el art. 81.3 del Tratado. Hecho el correspondiente balance por la dirección de la empresa, ésta habrá de asumir —sin posibilidad de consulta a autoridad alguna— la responsabilidad plena de sus actos, y el riesgo de que su apreciación no coincida con la que posteriormente pudiera hacer la Comisión, el Tribunal de Defensa de la Competencia o el juez en quien recayera, en su caso, la tarea de pronunciarse sobre la legalidad de la conducta empresarial en cuestión.

Si repasamos las condiciones del art. 81.3 del Tratado, veremos que para que una conducta, prohibida en otro caso por el art. 81.1, no lo esté por el conjunto del art. 81 es necesario que tal conducta «contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserve al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: *a*) imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; *b*) ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

En esto consistirá el ejercicio de responsabilidad empresarial: en evaluar si en cada proceso de decisiones concurren todas esas circunstancias.

A mí me parece, con todos mis respetos a opiniones que pueda haber en contrario, que el problema que se le viene encima al empresario o al directivo empresarial como consecuencia del cambio de régimen no se resuelve contratando buenos abogados. Contratar buenos abogados ayudará, pero nada más que eso. Lo que el nuevo sistema impone es un cambio de mentalidad en el empresario mediante el cual se dote de una sensibilidad en materia de política de competencia del que hoy en general se carece. Con esa nueva sensibilidad, tendrá conciencia de que, cuando diseñe sus árboles de decisiones, habrá de evaluar, de cada posible curso de acción, no sólo sus consecuencias societarias, tributarias, laborales o medioambientales, como venía haciendo hasta ahora. Dotado de esa nueva sensibilidad, sabrá que en adelante deberá evaluar también las consecuencias de sus decisiones en términos de respeto a la legislación de competencia.

Y es a partir de esta toma de conciencia y adquirida esa nueva sensibilidad cuando el recurso al buen asesor jurídico cobrará todo su sentido. Pero, hasta llegar a este momento, el empresario habrá de descartar diversos cursos de acción sin mucha ayuda exterior a la línea. Por eso es urgente que el empresario mismo y sus colaboradores más directos —es decir, todos los miembros del equipo directivo en una empresa grande o media de nuestro tiempo— se preparen en esta materia urgentemente, no para ser unos expertos en análisis económico o jurídico de la competencia, sino para saber cuándo y sobre qué deben pedir el asesoramiento técnico a profesionales especializados de dentro y de fuera de la empresa. Hoy todo responsable empresarial sabe que, una vez imaginados por él y su equipo diversos cursos de acción alternativos entre los ha de decidir, ha de evaluar las consecuencias de cada uno de ellos en los diversos campos (tributario, laboral, mediambiental, etc.). Pues se trata de que el responsable empresarial asuma a partir de ahora la necesidad de evaluar, como un parámetro más de su posible decisión, las consecuencias probables en la competencia que las mismas van a producir.

#### E. EFECTOS EN EL ASESORAMIENTO ESPECIALIZADO

La preeminencia que el asesoramiento preventivo de carácter económico cobra respecto del tradicional asesoramiento jurídico en materia de competencia —característico aunque no muy frecuente tampoco por desgracia— es una característica destacada del proceso de reforma de la política comunitaria de competencia puesto en marcha por la Comisión hace ya algunos años y del que es pieza principal el nuevo Reglamento 1/2003. Algún comentarista ha destacado incluso como el mayor mérito de la reforma de la política de competencia comunitaria el hecho de que el nuevo enfoque implica que el análisis económico pasa a desempeñar un papel muy relevante en el control de conductas que no tenía

en el enfoque anterior, que se basaba casi exclusivamente en examinar el cumplimiento de unos requisitos jurídico-formales <sup>74</sup>.

En vigor el nuevo Reglamento 1/2003, cada empresario habrá de examinar —y las autoridades retrospectivamente comprobar, llegado el caso— los méritos de cada conducta, en términos de sus efectos netos sobre la competencia, lo cual va a exigir un tipo de conocimiento y de instrumentos analíticos que son prácticamente desconocidos de los equipos internos de asesoramiento de las empresas, y están poco presentes y fragmentados en el mercado de asesoramiento empresarial externo en materia de competencia. Es decir, en las empresas no hay equipos híbridos de economistas y juristas que asesoren a la Dirección en materia de competencia, que van a ser muy necesarios sobre todo en las grandes corporaciones; ni tampoco hay en España todavía —y, sin embargo, ya empieza a haberlos en otros países de la Comunidad Europea— gabinetes para el asesoramiento externo de las empresas en materia de competencia de composición profesional mixta, con abogados y economistas. Los tradicionales gabinetes de asesoramiento externo en la materia son, por ahora en España, de un lado, los bufetes de abogados —algunos muy buenos en Derecho de la competencia— y, de otro lado, gabinetes únicamente económicos. Pero el fecundo mestizaje propio de estructuras anfibia, posible sólo con composiciones profesionales mixtas, de las que nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, cuyo Pleno integran juristas y economistas, ha sido desde hace años un anticipado a su tiempo, está todavía ausente en la realidad profesional española, siendo apremiantemente necesario, sin embargo.

Por eso, me parece que la reforma en su conjunto y, en particular, el nuevo Reglamento 1/2003 van a repercutir en el asesoramiento especializado en materia de competencia, necesariamente en tres direcciones. Por una parte, va a obligar a los directivos empresariales a formarse en política de competencia. Hoy, desgraciadamente, no tienen cómo ni dónde. Un nuevo mercado de formación pone en marcha la reforma: la formación en política de la competencia de los directivos empresariales. Otra dirección previsible de incidencia de la reforma en el asesoramiento especializado es el relativo al asesoramiento interno de las empresas en la materia. Tiene que haber dentro de las empresas de cierto tamaño especialistas en competencia siquiera sea al nivel de saber asesorar sobre el asesoramiento externo necesario. Y, finalmente, el asesoramiento externo también se verá afectado por la reforma. Ya lo hemos dicho: están contados los días en que el asesoramiento legal especializado en materia de competencia pueda seguirse prestando, como hasta ahora, desde gabinetes externos únicamente jurídicos o sólo económicos. La composición profesional mixta —de juristas y economistas— que tienen las autoridades nacionales desde hace tiempo en todos los países se acabará imponiendo por la fuerza de los hechos en los gabinetes que asesoren externamente

<sup>74</sup> ARRUÑADA (2002, pp. 51-52).

a las empresas en materia de competencia en España, como ya lo están empezando a hacer en los demás países de la Unión Europea.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARRUÑADA, B. (2002), «Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 51-67.
- BENEYTO, J. M. (1999), «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre la modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 202, agosto-septiembre, pp. 9-19.
- BERENGUER FUSTER, L. (2001), «Modernización de las normas comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 211, enero-febrero, pp. 27-30.
- (2003), «Réquiem por el Reglamento 17», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2002*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 93-129.
- BERENGUER FUSTER, L., y BERENGUER GIMÉNEZ, L. (2000), «La reforma del Derecho comunitario de la competencia y el Parlamento Europeo», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 208, julio-agosto, pp. 18-38.
- COMISIÓN EUROPEA (1999a), «Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE», *DOCE*, núm. C 132, de 12 de mayo, pp. 1-33.
- (1999b), «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», *DOCE*, de 29 de diciembre, pp. 21-25.
- (2000a), «Directrices relativas a las restricciones verticales», *DOCE*, núm. C 291/01, de 13 de octubre, pp. 1-44.
- (2000b), «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) núms. 1017/1968, 2988/1974, 4056/1986 y 3975/1987», *DOCE*, núm. C 365 E/28, de 19 de diciembre, pp. 284-296.
- (2001), «Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal», *DOCE*, núm. C 3/02, de 6 de enero, pp. 2-30.
- (2002), «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 vehículos a motor», *DOCE*, de 1 de agosto, pp. 30-41.
- CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1962), «Reglamento (CE) núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962. Primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado», *DOCE*, núm. L 13, de 21 de febrero de 1962, pp. 204-262. Este Reglamento ha sido modificado varias veces, la última por el Reglamento (CE) núm. 1216/1999, *DOCE*, núm. L 148, de 15 de junio.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2003), «Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado», *DOCE*, núm. L I, de 4 de enero, pp. 1-25.

- FERNÁNDEZ VICIÉN, C. (2002), «La judicialización del Derecho europeo de la competencia», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid, pp. 189-206.
- GALÁN CORONA, E. (2003), «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 15, mayo-agosto, pp. 499-525.
- GARCÍA-MARGALLO Y MARFIL, J. M., y ASTURIAS, C. (2002), «El Libro Blanco desde la perspectiva del Parlamento Europeo», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 237-257.
- GONZÁLEZ, E. (2000), «Aspectos jurídicos de la modernización de las normas de aplicación del Tratado CE», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 79-96.
- MARTÍNEZ LAGE, S. (2000a), «Del control preventivo al control represivo: el nuevo enfoque de la Comisión en la aplicación del art. 81 CE», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 208, julio-agosto, pp. 3-7.
- (2000b), «¿Próximo Big Bang en el Derecho Comunitario de la Competencia?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 210, noviembre-diciembre, pp. 3-10.
- (2003a), «Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 CE», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 223, enero-febrero, pp. 3-10.
- (2003b), «Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 CE (y II)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 224, marzo-abril, pp. 3-9.
- MENÉNDEZ REXACH, E. (2002), «Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de los jueces», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 259-274.
- MONTI, M. (2002), «La nueva política europea de la competencia», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 15-26.
- PASCUAL Y VICENTE, J. (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 J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 305-320.
- (2002c), «El abuso de posición dominante», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245, julio-septiembre, pp. 1291-1364.
- (2002d), «Abuso de posición dominante en mercados conexos», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 259-279.
- (2003a), «Nueva reglamentación de competencia sobre exenciones por categorías y autorizaciones singulares», *La Gaceta de los Negocios-Documentos. Comentarios Legales*, CP/11/2003, de 29 de abril, pp. 1-8.

- (2003b), «Los más antiguos antecedentes conocidos de legislación *antitrust* son españoles», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 225, mayo-junio, pp. 113-115.
- (2003c), «La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 241-299.
- SALVADOR ROLDÁN, R. (2003), «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 226, julio-agosto, pp. 71-81.

# LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL ANTE EL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Magistrado

Ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Después de un largo e importante debate en el que han participado la práctica totalidad de los implicados por la reforma, y de recibir más parabienes que rechazos, la Comisión Europea ha visto hechas realidad sus aspiraciones de, por un lado, obtener mayores poderes para la persecución de las prácticas contrarias a la libre competencia y, por otro, librarse de la pesada carga que suponía el sistema de notificación previa y autorización que estableció el Reglamento 17 para las prácticas contrarias al art. 81.1 TCE que reunían los requisitos y condiciones de su apartado 3, lo que obstaculizaba su eficacia.

## 1. DEL REGLAMENTO 17 AL REGLAMENTO 1/2003

Las aspiraciones de la Comisión han venido a ser colmadas por el Reglamento 1/2003 del Consejo que viene a sustituir el anterior sistema de exención singular de las conductas contrarias al art. 81.1 TCE por un nuevo sistema de exención legal. Además, se otorgan mayores poderes a la Comisión para la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia y que, con la descarga de trabajo que va a suponer para aquélla el nuevo sistema de exención legal que establece el Reglamento 1/2003, va a poder ejercer en la persecución de aquellas prácticas que resulten más graves.

Bajo la vigencia del Reglamento 17, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros comparten la aplicación de los arts. 81.1 y 82 TCE, reservándose la Comisión la competencia exclusiva para aplicar el art. 81.3 TCE.

Este sistema, por lo que respecta a la aplicación del art. 81.3 TCE tenía de positivo para las empresas el que proporcionaba inmunidad a la sanción desde la notificación hasta el pronunciamiento de la Comisión.

Pero, en la práctica, también tenía su parte negativa para los intereses de aquéllas, ya que, en la mayoría de los casos, no se alcanzaba una decisión final de exención por la Comisión, debido a que, ante el cúmulo de expedientes que el sistema propiciaba, la Comisión se solía limitar a la emisión de una carta administrativa que no resulta vinculante para las autoridades de competencia de los Estados miembros ni para los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que en definitiva producía inseguridad jurídica a las empresas que podían verse encausados por aquéllas o por éstos.

En lo referente a la aplicación de los arts. 81.1 y 82 por las autoridades nacionales de defensa de la competencia debemos señalar, por lo que respecta a nuestro país, que no ha resultado siempre pacífica, toda vez que si bien el TDC se ha dirigido siempre a la Comisión en solicitud de información sobre si pendía ante la misma un asunto que estaba examinando al mismo tiempo la autoridad española y si en su caso existía alguna decisión de la Comisión al respecto, la mayoría de las veces el órgano europeo da la llamada por respuesta y eso a pesar de haber emitido una comunicación que venía a diseñar la coordinación y buenas prácticas en las relaciones entre ambas instituciones.

Por lo que se refiere a la aplicación del Derecho comunitario de competencia por los órganos judiciales españoles, la experiencia hasta la fecha no puede considerarse satisfactoria. Ello ha sido debido, de una parte, a que en pocas ocasiones ha sido demandada su aplicación por los contendientes en procedimientos judiciales, y, de otra, a unas primeras sentencias pronunciadas por la Sala Primera del TS en las que se venía a señalar que sólo la Comisión y en su caso el TDC eran los llamados a la aplicación del Derecho sobre competencia.

El Reglamento 1/2003 va a cambiar radicalmente las cosas. Como se dice anteriormente, la principal novedad consiste en el abandono del sistema de notificación y exención individual, que se sustituye por otro de exención legal basado en que los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas prohibidas por el art. 81 TCE, pero que reúnan los requisitos establecidos en su apartado 3, no están prohibidas, suprimiéndose la posibilidad de notificarlos a la Comisión y siendo los propios operadores económicos los responsables de dicha comprobación. Con ello la Comisión va a verse relevada de la carga que sobre la misma producía el anterior sistema y va a concentrar sus efectivos en la persecución de las prácticas anticompetitivas más graves. Ya el Libro Blanco que publicó la Comisión en el año 1999, sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE<sup>1</sup>, señalaba al proyectado sistema como adecuado para mejorar la eficacia en la preservación de la libre competencia.

A ello contribuirá también, sin duda, el que, con el nuevo sistema, todos los órganos llamados a aplicar el art. 81.1 TCE —Comisión, autoridades nacionales de competencia y órganos jurisdiccionales— serán tam-

<sup>1</sup> DOCE, núm. 6, de 12 de mayo de 1999.



bién competentes para apreciar si un acuerdo prohibido por el párrafo 1 reúne las condiciones de exención del párrafo 3. Con este sistema las empresas deberán hacer un análisis a fondo de si sus prácticas se incardinan en el art. 81.1 TCE y, en tal caso, si concurren las condiciones y requisitos del párrafo 3 que las convierten en legales. Si ello no es así, deberán abstenerse de ponerlos en práctica si no quieren ser sancionadas.

Los diversos problemas que derivan casi siempre de la aplicación de cualquier sistema nuevo en Derecho de la competencia adquieren especial singularidad, motivada, sobre todo, por el manejo de conceptos de alta indefinición. La aplicación del art. 81.3 TCE estará en este supuesto, máxime en su aplicación por los órganos jurisdiccionales de los países miembros, por lo general poco habituados a aplicar el Derecho comunitario de la competencia.

## 2. COMPETENCIA DE LOS JUECES NACIONALES

En el marco del Reglamento 1/2003 CE los jueces nacionales ejercerán unas competencias que ya tenían y asumirán otras nuevas.

### A. APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81.1 Y 82. SITUACIÓN ANTERIOR AL REGLAMENTO 1/2003

En todo momento han tenido los jueces de los Estados miembros competencia para la aplicación de ambos preceptos. Ello deriva del efecto directo horizontal del que gozan los Tratados comunitarios y, por tanto, la posibilidad de invocar su aplicación ante los Juzgados y Tribunales en contiendas entre particulares.

Así además lo reconoció el TJCE desde su Sentencia BRT/SABAM<sup>2</sup> en la que señala que *«siendo las prohibiciones de los arts. 85 y 86 aptos por su propia naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales deben garantizar»*. Doctrina que ha sido ratificada con posterioridad en múltiples sentencias<sup>3</sup>.

Además, la Comisión produjo una Comunicación relativa a la cooperación entre ésta y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE<sup>4</sup> en la que se recuerda que *«varias instituciones, tanto nacionales como comunitarias han contribuido a la aplicación de este Derecho y se encargan de su aplicación cotidiana. Para ello las autoridades nacionales de protección de la competencia, los*

<sup>2</sup> De fecha 30 de enero de 1974.

<sup>3</sup> Ver Sentencias de 2 de abril de 1974, *Sachi*; 11 de abril de 1989, *Ahemed Saeed*; 10 de diciembre de 1991, *Marci Convenzionale*; 28 de febrero de 1991, *Delimitis*; 18 de septiembre de 1992, *Automec*, y 30 de junio de 1992, *LTM/MBU*, entre otras.

<sup>4</sup> *DOCE*, núm. C-39/05, de 13 de diciembre de 1993.

*órganos jurisdiccionales y comunitarios y la Comisión asumen sus propias tareas y responsabilidades, de acuerdo con los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»*<sup>5</sup>. Por lo demás sólo recordar que la citada Comunicación contiene unas normas para facilitar a los órganos jurisdiccionales la aplicación de este Derecho que les resulta tan poco familiar, pues no impide el que dichos órganos judiciales nacionales continúen un procedimiento, incluso si existe otro ya iniciado por la propia Comisión y que ambos terminen en resoluciones distintas e incluso contradictorias. La decepción por la inseguridad jurídica que ello deriva para los operadores económicos sólo va a tener algún remedio a partir de la vigencia del Reglamento 1/2003, según veremos más adelante.

Por lo que respecta a España, como adelantábamos, en contadas ocasiones los Tribunales españoles han tenido oportunidad de aplicar el Derecho comunitario de competencia, y algunas sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo, hasta el año 2000 en que cambia su doctrina, han venido a crear desorientación y desasosiego.

Aunque personalmente no he dudado de la posibilidad de aplicación por los órganos jurisdiccionales de los art. 81. 1 y 82 en contiendas entre particulares<sup>6</sup>, no todos los autores han mantenido el mismo criterio, sino que éstos son variados e incluso con distintos matices<sup>7</sup>.

Las últimas sentencias de la Sala Primera del TS parece que al fin reconocen el efecto directo de estos preceptos, con lo que también desaparece la polémica que había suscitado su anterior criterio.

Obligado es hacer una referencia aunque somera a las citadas sentencias, toda vez que son el precedente interno inmediato, hasta la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, sobre la aplicación del Derecho comunitario de competencia en nuestro país.

Por STS de 30 de diciembre de 1993 el TS viene a declarar que las normas comunitarias de competencia a título principal quedan reservadas a la Comisión de las Comunidades si han iniciado un procedimiento y, en otro caso, al TDC, pudiendo hacerlo los órganos jurisdiccionales sólo a título incidental<sup>8</sup>: *«De todo lo expuesto, no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del art. 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales*

<sup>5</sup> Comunicación I.1.

<sup>6</sup> Ver, al respecto, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los arts. 85.1 y 86 TCE y de las normas internas de competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 215 ss.

<sup>7</sup> Ver, al respecto, S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los arts. 85 y 86 TCE en Derecho español», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, Boletín 9, 1995, pp. 1 ss.; A. PETITBÓ y L. BERENGUER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 40 ss.

<sup>8</sup> FJ 2.º

*nacionales que no pertenezcan a las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas (en nuestro sistema judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor del art. 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965 y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre, para la aplicación directa de los arts. 85.1 y 86 del Tratado), tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda, ya que, en este caso, la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del art. 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29 de agosto de 1986».* Esta sentencia produjo una gran polémica doctrinal, pues el TS, pese a la jurisprudencia existente del TJCE tanto sobre el efecto directo de todos los artículos del Tratado en general como la particular circunscrita a los arts. 85 y 86, la ignora y hace esta diferenciación de su aplicación a título principal e incidental sin siquiera decir qué entiende por tal en un supuesto y en otro. Indudablemente produjo el efecto lógico de retraimiento de los particulares en acudir a los órganos jurisdiccionales en solicitud de la aplicación de los citados preceptos comunitarios sobre competencia.

En posterior STS de 4 de noviembre de 1999, la misma Sala de forma drástica señala que, conforme ya estableció en su Sentencia de 30 de diciembre de 1993, la intimidación en cuanto a estas prácticas es privativa de autoridades administrativas. Al fin, el TS en su STS de 2 de julio de 2000, olvidando su anterior criterio, declara la aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario de competencia y la procedencia de declarar la nulidad de un contrato por aplicación del art. 1.2 LDC sin que exista previa declaración del TDC. La posibilidad de aplicarse en vía jurisdiccional los arts. 81.1 y 82 es reconocida por las posteriores SSTs de fechas de 2 de marzo de 2001 y 15 de marzo de 2001.

#### B. NUEVA COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN DEL ART. 81.3 Y OBLIGACIONES QUE ESTABLECE EL REGLAMENTO PARA UNA APLICACIÓN UNIFORME DE LOS ARTS. 81 Y 82

En cualquier caso, y por si existiera alguna duda sobre la aplicación de los arts. 81.1 y 82 por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, el Reglamento 1/2003 expresamente establece que los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado<sup>9</sup>. Obsérvese que, como ya se anticipa antes, del propio precepto, que no establece ninguna limitación, se extrae la conclusión de que la competencia se extiende ahora también al apartado 3 del art. 81. En el considerando 8 del Preámbulo del propio Reglamento se marca la

<sup>9</sup> Art. 6.

obligación, tanto para las autoridades responsables de la competencia como para los Tribunales de los Estados miembros, de aplicar también los arts. 81 y 82 del Tratado cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el Reglamento. Y más adelante se señala que los Estados miembros podrán aplicar en su territorio la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos siempre que sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho comunitario<sup>10</sup>. La prevalencia del Derecho comunitario y la preservación del efecto útil del Tratado van en todo caso a obligar a ello, aunque no está demás que se recuerde en Preámbulo del Reglamento. Sólo en la medida en que la legislación nacional persiga principalmente un objetivo distinto de la protección de la competencia en el mercado, matiza el considerando 9, las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales podrán aplicar esta legislación en su territorio, principalmente referida a actos de competencia desleal. La preocupación del legislador comunitario por alcanzar la aplicación de una única legislación sobre competencia en el territorio del mercado común es patente en el Reglamento, máxime en un momento en el que se amplía el número de los Estados miembros hasta veinticinco. El que las legislaciones internas de los diversos Estados no perturben aquella legislación común, como vemos, es también una advertida preocupación.

Pero no todos los problemas quedan resueltos con que se aplique por todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros una misma legislación comunitaria. La interpretación y aplicación de la Ley ha de ser uniforme. En ello pone especial empeño el Reglamento 1/2003.

Mas toda esta problemática alcanza especial dificultad toda vez que por primera vez se encarga también a los órganos jurisdiccionales la aplicación del art. 81.3. En los litigios que planteen los particulares ante la jurisdicción, de constatarse la existencia de una práctica prohibida por el art. 81.1, deberá examinarse si se cumplen los requisitos y condiciones que señala el párrafo 3 y que la convierten en legal.

Para paliar en lo posible resoluciones contradictorias de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho comunitario de competencia, el Reglamento 1/2003 marca unas reglas directamente dirigidas a los órganos jurisdiccionales. Así, el considerando 22 del Preámbulo señala que en un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las mismas, refiriéndose a continuación a los efectos de las decisiones de la Comisión con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, concretando que aquellas que impongan compromisos no afectarán a la facultad de los órganos jurisdiccionales para aplicar los arts. 81 y 82.

<sup>10</sup> Considerando 9.

Especial importancia tiene al respecto el art. 16.1 del Reglamento. En éste se contienen, a mi juicio, los dos más importantes mandatos a los órganos jurisdiccionales. Más preocupado el legislador comunitario con las decisiones que puedan adoptar los órganos jurisdiccionales que las autoridades de competencia, extrema la precisión cuando se dirige a los primeros. Así, el apartado 1 del art. 16 contiene dos precisos mandatos dirigidos a los jueces. En primer lugar, señala que cuando éstos *«se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado, haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión»*. El entrecomillado marca el contenido literal del precepto publicado en el *DOCE*<sup>11</sup> a fin de hacer notar la falta de rigor de las autoridades comunitarias por la traducción a partir de la versión inglesa. Posiblemente, sería más acorde con la realidad y resultaría más práctico el adoptar un solo idioma a nivel comunitario que el recurrir a traducciones faltas de rigor; lo que no va indudablemente a mejorarse ante la incorporación de nuevos países con nuevos idiomas. En el presente caso, la lógica suple las deficiencias en la traducción, lo que no siempre ocurre. El problema surge aquí principalmente por la indefinición del significado que tiene en castellano la palabra “incompatible”. Indudablemente es más amplio que el de “distinta”, pero su límite resulta indefinido en nuestro idioma. Si acudimos a la versión inglesa, no encontramos, desafortunadamente, una traducción más precisa.

Por si no fueran pocos los problemas apuntados en este primer mandato del art. 16, a continuación se señala a los órganos jurisdiccionales que: *«deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender un procedimiento»*. El último inciso nos proporciona alguna luz, aunque poca. Sirve para disipar la duda de si cuando en el mismo párrafo se hace referencia a *«... procedimiento que ya haya sido incoado»*, quiere con ello referirse el legislador comunitario a un procedimiento ya decidido o simplemente iniciado formalmente como en principio parece atendiendo a criterios de Derecho interno. Así, podemos decidirnos por esta última interpretación, toda vez que, en otro caso, no tendría sentido suspender un procedimiento sino el fallarlo conforme a una decisión de la Comisión ya pronunciada. Salvado el primer escollo, debemos enfrentarnos con la intención principal del precepto. A este respecto resulta ilustrativo el recordar que, con anterioridad al Reglamento 1/2003, ya el TJCE había establecido que un Tribunal nacional en el marco de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE no puede adoptar una resolución incompatible con una decisión de la Comisión dictada sobre los mismos hechos, aunque dicha decisión esté siendo objeto de un recurso de anulación ante los Tribunales comunitarios. A dicho efecto, continúa la sentencia, es irrelevante que el Tribunal de Primera Instancia

<sup>11</sup> Fecha de 4 de enero de 2003 —ES— L 1/13.

haya suspendido la ejecución de la decisión por haber sido objeto de un recurso de anulación, ya que los actos de las instituciones comunitarias disfrutan de presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados ni revocados <sup>12</sup>.

Una vez más la guía de la jurisprudencia del TJCE, auténtico motor del Derecho comunitario, nos facilita el camino en este intrincado laberinto. A los órganos jurisdiccionales corresponderá el apreciar si procede suspender su procedimiento, hasta tanto se pronuncie la Comisión, como al efecto se señala en el art. 16, siendo de destacar el respeto del Reglamento con las atribuciones jurisdiccionales, ya que deja a criterio de cada juez el suspender o no el procedimiento. Ello, en definitiva, dependerá de que exista un criterio anticipado por la jurisprudencia del TJCE o por decisión de la Comisión, o, en otro caso, que la controversia planteada en vía jurisdiccional, por su concreción, no haga prever una decisión de la Comisión incompatible. Criterios de prudencia y un buen conocimiento del Derecho comunitario de competencia guiarán, sin duda, la decisión judicial respecto de suspender o continuar el procedimiento.

Se puede dar aquí la curiosa situación, en el caso de los órganos jurisdiccionales españoles, de que, dado nuestro sistema interno de fuentes, en el que la jurisprudencia no es fuente del ordenamiento jurídico, la interna no vincula a los jueces y, por el contrario, estarán vinculados por la jurisprudencia del TJCE y, además, por las decisiones de un órgano administrativo comunitario, como es el caso de las decisiones de la Comisión.

### 3. COLABORACIÓN DE LA COMISIÓN CON LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En el Preámbulo del Reglamento, el legislador comunitario hace referencia a que la aplicación coherente de las normas de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales requiere de la instauración de mecanismos de cooperación entre éstos y al Comisión <sup>13</sup>. Para ello apunta dos medios que concreta y desarrolla en el art. 15: la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan solicitar a la Comisión informaciones o dictámenes sobre aspectos de la aplicación del Derecho comunitario de competencia y el que tanto la propia Comisión como las autoridades de competencia de los Estados miembros gocen de la facultad de presentar observaciones escritas u orales ante los órganos jurisdiccionales instados a aplicar los arts. 81 u 82 del Tratado.

El art. 15 del Reglamento concreta las facultades informativas de los jueces en dos. Por un lado, en solicitar de la Comisión la información que obre en su poder sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Por otro, la solicitud de dictámenes

<sup>12</sup> STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Limite//HDIcecream Limite*.

<sup>13</sup> Considerando 21.

sobre las mismas cuestiones. Estas facultades que prevé el Reglamento son independientes, claro está, de la de plantear cuestiones prejudiciales de interpretación al TJCE, de conformidad con lo previsto en el art. 234 TCE. El ejercicio de aquellas facultades parece que tendrá efectos meramente ilustrativos o informativos del órgano jurisdiccional sin que pueda predicarse de las mismas que produzcan efectos vinculantes, ya que tal efecto se contrae únicamente a las decisiones de la Comisión.

La preocupación de la Comisión por la aplicación uniforme del Derecho de la competencia, ante la importante descentralización que lleva a cabo el Reglamento 1/2003, ha estado presente en todo momento desde el comienzo del prelegislativo y continúa en la actualidad, en especial por lo que respecta a los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo general menos conocedores del Derecho comunitario de competencia y también menos familiarizados en su aplicación que las autoridades nacionales. De ahí la reciente Comunicación de la Comisión dirigida a aquéllos<sup>14</sup>. En su apartado III-15 ya se señala que, aunque el Tratado CE no contempla explícitamente la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión, la interpretación hecha por los Tribunales comunitarios del art. 10 CE alcanza a que la Comisión deba ayudar a aquéllos cuando los mismos apliquen el Derecho comunitario. Este tipo de ayuda no puede verse limitada por la normativa de ningún Estado miembro, quienes deberán adoptar las normas procesales pertinentes a fin de posibilitarla<sup>15</sup>.

Expresamente se reconoce en la citada Comunicación el respeto de la Comisión a la independencia de los órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, también el que la asistencia que les proporcione ésta no tiene carácter vinculante para aquéllos. También se proclama a continuación el deber de secreto profesional y de velar por la salvaguarda del propio funcionamiento e independencia de la Comisión, de todo lo cual se extrae la conclusión de que la ayuda que ésta preste a los jueces debe ser neutral y objetiva en defensa del interés público, por lo que no sirve a intereses privados de los litigantes, a los que, consecuentemente, no oirá en ningún caso cuando ejercite este cometido de ayuda a los órganos jurisdiccionales.

También la Comunicación de la Comisión establece pautas tanto sobre la transmisión a los órganos jurisdiccionales de la información que obre en su poder, como sobre la posibilidad de obtener dictámenes de aquélla.

#### A. SOLICITUD DE INFORMACIÓN

Se comienza por señalar en la citada Comunicación, a título de ejemplo, en lo que puede consistir dicha información: documentos que obren en poder de la Comisión, información de carácter procedimental que

<sup>14</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE.

<sup>15</sup> Comunicación III-A-17.

permita saber si un determinado asunto está pendiente ante la Comisión, información sobre si ésta ha iniciado un procedimiento o si ya ha adoptado su posición o sobre la fecha probable en que la adoptará <sup>16</sup>.

La Comunicación recuerda que la Comisión tiene que respetar las garantías dadas por el art. 287 CE, haciendo una interpretación integradora de las obligaciones que derivan tanto de éste precepto como del art. 10 CE. Así, se señala que, antes de transmitir la información amparada por el secreto profesional, la Comisión recordará al órgano jurisdiccional que está obligado por el Derecho comunitario a observar los derechos del art. 287 CE y le preguntará si garantiza la protección de la información y de los secretos comerciales confidenciales, transmitiéndole la información en el solo supuesto de que ofrezca dicha garantía <sup>17</sup>.

Finalmente se indica que la Comisión puede denegar la transmisión de información por razones superiores relacionadas con la necesidad de salvaguardar los intereses de la Comunidad o evitar cualquier interferencia con su funcionamiento e independencia, concretando que no transmitirá la información voluntariamente proporcionada por un solicitante de clemencia sin su consentimiento <sup>18</sup>.

Una cuestión que quedaba olvidada por el Reglamento, de importancia para la tramitación de los procedimientos judiciales, como es el plazo en que la Comisión debería proporcionar la información solicitada por los jueces, viene a resolverse por la Comunicación, aunque con cierta indeterminación. Así, se señala que *«la Comisión se esforzará por facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información solicitada en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud»*. Si la Comisión tiene que pedir alguna aclaración o documento al órgano judicial, el plazo empezará a computarse a partir de la fecha en que reciba la información solicitada <sup>19</sup>. En cualquier caso, los Estados miembros deberán adaptar las normas procesales internas para posibilitar dicha colaboración <sup>20</sup>, lo que será dificultoso con plazos meramente indicativos como los que se marca la Comisión.

## B. PETICIÓN DE DICTÁMENES

Por otro lado, el Reglamento 1/2003 habilita también a los órganos jurisdiccionales a solicitar de la Comisión dictámenes sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia, como ya adelantamos más arriba. La Comisión también marca unas pautas a este respecto. Así, señala que la petición de dictamen procederá cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los reglamentos, decisiones,

<sup>16</sup> Comunicación III-A-21.

<sup>17</sup> Comunicación III-A-1-23, 24 y 25.

<sup>18</sup> Comunicación III-A-26.

<sup>19</sup> Comunicación III-A-22.

<sup>20</sup> Comunicación III-A-17.



comunicaciones y directrices de la Comisión no ofrezcan la suficiente orientación al órgano judicial <sup>21</sup>. Al pronunciarse, «la Comisión se limitará a facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información sobre los hechos o la aclaración económica o jurídica solicitada, sin entrar a considerar el fondo del asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional». Se aclara a continuación que el dictamen no es jurídicamente vinculante <sup>22</sup>.

De las anteriores precisiones se extraen dos conclusiones. Por un lado, la intervención de la Comisión con carácter de *amicus curiae* a la que limita su relación el Reglamento respecto de los órganos judiciales que gozan de plena libertad en la decisión del asunto que ante los mismos penda. Por otro, el que la petición de dictamen debe realizarse sobre un aspecto concreto, no pudiendo versar, por tanto, sobre el fondo del asunto cuya resolución corresponda al órgano jurisdiccional. También el que la Comisión, curándose en salud y ante la posible avalancha en la petición de dictámenes, limita su procedencia a que la jurisprudencia del TJCE, los reglamentos, decisiones, comunicaciones y directrices de la Comisión no ofrezcan suficiente orientación.

El plazo que la Comisión se marca para emisión del dictamen es de cuatro meses, con carácter meramente orientativo, ya que al efecto se señala que «se esforzará» por facilitar su dictamen en tal plazo.

#### 4. COLABORACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES CON LA COMISIÓN

La mutua colaboración a que obliga el Reglamento comporta también obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales para con la Comisión. Éstas pueden concretarse en tres aspectos fundamentales: posibilitar la presentación de alegaciones por la Comisión en los procedimientos jurisdiccionales, transmisión de las sentencias que dicten los órganos judiciales en las que aplican los arts. 81 u 82 CE e intervención en el contexto de una inspección de la Comisión para garantizar los derechos fundamentales de los inspeccionados. A continuación analizaremos brevemente su alcance y contenido.

##### A. PRESENTACIÓN DE ALEGACIONES POR LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

Dentro de los mecanismos que señala el considerando 21 del Reglamento 1/2003 para la aplicación coherente de las normas de competencia, se contempla la facultad de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros de presentar observaciones escritas u orales ante los órganos jurisdiccionales instados a aplicar los arts. 81

<sup>21</sup> Comunicación III-A-27.

<sup>22</sup> Comunicación III-A-29.

y 82 del Tratado. El art. 15.3 del mismo Reglamento explicita estas facultades.

Así, las autoridades de competencia podrán presentar por propia iniciativa observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales de su respectivo Estado miembro sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 y, con la venia del Tribunal, también podrán presentarlos de forma verbal. Para la preparación de las observaciones podrán solicitar al órgano jurisdiccional la remisión de todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto.

Por su parte, la Comisión también podrá formular observaciones en iguales circunstancias y forma. Pero, como precisa la Comunicación, la Comisión solamente presentará observaciones cuando «... *lo requiera la aplicación coherente de los arts. 81 u 82 CE*», limitando sus observaciones a un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional<sup>23</sup>. El espíritu descentralizador del Reglamento se hace aquí presente toda vez que se deja a las autoridades nacionales de competencia la presentación más habitual de alegaciones, reservándose la Comisión el poder hacerlo en supuestos más excepcionales.

El Reglamento distingue entre observaciones escritas, que ambas autoridades pueden presentar por propia iniciativa, y las observaciones verbales, que sólo podrán presentar con la venia del órgano jurisdiccional.

Con el fin y para el único empleo de elaborar las observaciones, la Comisión puede solicitar que le transmitan una copia de todos los documentos necesarios para evaluar el asunto de que se trate.

Esta intervención, tanto de la Comisión como de las autoridades nacionales de competencia, que los órganos judiciales deben permitir por imperativo del Reglamento, tiene especial singularidad y escapa a las prácticas procesales de la mayoría de los países del llamado sistema de Derecho continental. No se trata de una parte legitimada que como tal interviene en el procedimiento. Tampoco de una prueba pericial que se incorpora al proceso. Es lo que se conoce en los sistemas anglosajones, principalmente en el norteamericano, como alegaciones de *amicus curiae*. Este término, literalmente, significa “amigo del Tribunal”, alguien que no es parte en el proceso pero que cree que la decisión del Tribunal puede afectar a sus intereses. En la mayoría de los Tribunales Superiores de los Estados en Estados Unidos, se presentan alegaciones de *amicus curiae*, siendo la mayor parte de las veces informaciones útiles, de tipo legal sobre cómo una decisión judicial puede afectar a otras personas o colectivos que no son parte en el proceso.

Como se dice en la Comunicación, dado que el Reglamento no establece un procedimiento para la presentación de observaciones, el mismo se determinará con arreglo a las normas y prácticas procesales de los

<sup>23</sup> Comunicación III-A-32.

Estados miembros. Incluso se contempla la situación de que un Estado miembro no haya establecido todavía el marco procesal pertinente, en cuyo supuesto, el órgano jurisdiccional deberá determinar qué normas procesales son apropiadas para la presentación de las repetidas observaciones<sup>24</sup>. Se señala expresamente que el procedimiento deberá respetar, entre otras cosas, su compatibilidad con los principios generales del Derecho comunitario, en especial con los derechos fundamentales de las partes; por aplicación del principio de eficacia no debe permitirse que la presentación de dichas observaciones sea imposible o excesivamente difícil en la práctica; conforme al principio de equivalencia, el procedimiento no puede hacer que la presentación de observaciones sea más difícil que la presentación de observaciones en un procedimiento judicial en el que se aplique el Derecho nacional equivalente<sup>25</sup>.

#### B. TRANSMISIÓN DE SENTENCIAS QUE APLIQUEN LOS ARTS. 81 Y 82 CE

El apartado 2 del art. 15 del Reglamento impone a los Estados miembros la obligación de remitir a la Comisión una copia de las sentencias que dicten los órganos jurisdiccionales en las que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 CE, tan pronto hayan sido notificadas a las partes. Ello permitirá conocer a la Comisión en los litigios en los que podría ser conveniente presentar observaciones si se produce apelación de la sentencia, según aclara la Comunicación<sup>26</sup>.

Esta precisión nos sirve para reafirmar el convencimiento de que la Comisión puede presentar sus alegaciones de *amicus curiae* no sólo en la primera instancia de un procedimiento, sino también en sus fases superiores.

También, indudablemente, servirá para que la Comisión pueda controlar la aplicación que los órganos judiciales nacionales realicen del Derecho comunitario de competencia y hasta dónde alcanza la uniformidad o las divergencias.

#### C. FUNCIÓN DE LOS JUECES NACIONALES EN EL CONTEXTO DE UNA INSPECCIÓN DE LA COMISIÓN

La posible intervención de los jueces nacionales con ocasión de una inspección de la Comisión a una empresa o a una asociación de empresas adquiere especial singularidad con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, toda vez que, según se adelanta más arriba, el citado Reglamento ha dotado de mayores poderes a la Comisión, con especial relevancia a la hora de llevar a cabo inspecciones.

<sup>24</sup> Comunicación III-A-34.

<sup>25</sup> Comunicación III-A-35.

<sup>26</sup> Comunicación III-A-37.

Así, por un lado, las inspecciones, circunscritas antes a los domicilios y locales de las empresas, se extienden ahora a los domicilios privados y asimilados de los empresarios, administradores y otros miembros del personal. Por otro lado, el poder de investigación de la Comisión también se refuerza en lo que respecta a la solicitud de explicaciones a los representantes y miembros del personal de la empresa, limitadas antes a los documentos y que se extienden ahora también a los hechos<sup>27</sup>, pudiendo ser sancionadas las empresas si la respuesta resulta ser inexacta o engañosa<sup>28</sup>.

En lo referente a inspección en locales de empresas, el Reglamento prevé que la legislación nacional pueda exigir un mandamiento judicial cuando la empresa se oponga a ser inspeccionada<sup>29</sup>. En tal supuesto, el órgano judicial, a la hora de decidir si otorga el mandamiento, está facultado para controlar que la decisión de inspección de la Comisión sea auténtica y que las medidas cautelares previstas no sean arbitrarias ni desproporcionadas en relación al objeto de la inspección, para lo cual podrá solicitar explicaciones detalladas de los motivos de la Comisión para sospechar que se han infringido los arts. 81 u 82 CE, gravedad de la presunta infracción y participación de la empresa en dicha infracción.

En el supuesto de que se inspeccione en locales ajenos a la empresa, el Reglamento requiere, en todo caso, que se obtenga un mandamiento judicial de un órgano nacional previamente a ejecutar la decisión de la Comisión. La posibilidad de otorgar o denegar el mandamiento de entrada en un domicilio particular o asimilado<sup>30</sup> viene reglada para el juez nacional. Así, podrá éste verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción, la importancia de las pruebas buscadas, participación en la infracción de la empresa y probabilidad razonable de que los libros y registros relativos al objeto de la inspección se conservan en los locales para los que se solicita el mandamiento<sup>31</sup>.

Anteriormente calificábamos de reglada por la propia norma comunitaria la facultad del juez nacional para otorgar o denegar el mandamiento que posibilite la entrada y registro, toda vez que el Reglamento no sólo le dice lo que puede hacer, sino también lo que no puede hacer. Así, común a los dos supuestos de inspección —en locales de la empresa y en locales ajenos a la misma—, el órgano jurisdiccional nacional no puede poner en cuestión la legitimidad de la decisión de la Comisión ni el exigir que se le facilite información que figure en el expediente,

<sup>27</sup> Art. 20.2.e) del Reglamento.

<sup>28</sup> Art. 23.1.d) del Reglamento.

<sup>29</sup> Art. 20.7 del Reglamento.

<sup>30</sup> Cualquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas, concreta el art. 21.1 del Reglamento.

<sup>31</sup> Art. 21.3 del Reglamento.

reservándose al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión <sup>32</sup>. El deber de cooperación leal exige al juez nacional que adopte su decisión en un plazo apropiado que permita a la Comisión efectuar eficazmente su inspección, como puntualiza al efecto la Comunicación <sup>33</sup>.

Los controles que ha de llevar a cabo el juez nacional, competente según el Derecho interno para otorgar el mandamiento en los términos del Reglamento, determinan el que deba tener unos conocimientos suficientes de Derecho comunitario de competencia para valorar la mayoría de los parámetros que marca el propio Reglamento.

## 5. CONOCIMIENTO POR LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE

### A. EL SISTEMA ESPAÑOL DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y CUATRO ÓRDENES JURISDICCIONALES

La unidad jurisdiccional en nuestro país no se alcanza plenamente hasta el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, y ello a pesar de que constituía una vieja aspiración de nuestra comunidad social y tener reflejo programático en las supremas leyes políticas de la nación desde la Constitución de 1812.

La Constitución Española de 1978 ampara la unidad jurisdiccional en su art. 175.5 como derivación de la independencia plena del Poder Judicial, superando, parece que de forma definitiva, la intransigente oposición anterior de un sinnúmero de grupos y sujetos a perder los privilegios antaño encarnados en fueros privativos singularizados.

Con la salvedad de la jurisdicción militar, contraída al ámbito estrictamente castrense para los delitos militares y a los supuestos de estado de sitio, la unidad jurisdiccional es una realidad que no se ve ensombrecida por el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a otros órganos, como el Tribunal de Cuentas, el Tribunal Constitucional o a los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, como el Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia.

Tampoco obsta al principio de unidad jurisdiccional la existencia de cuatro órdenes jurisdiccionales:

- a) El penal, para el conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.
- b) El contencioso-administrativo, para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública

<sup>32</sup> Arts. 20.8 y 21.3 del Reglamento.

<sup>33</sup> Comunicación III-A-41.

sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, así como cuando en la producción del daño hubiesen concurrido también sujetos privados.

c) El social, ante el que se sustancian las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

d) El civil, de carácter residual, para conocer además de las materias que a él son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

A su vez, dentro de este orden jurisdiccional, es el Juzgado de Primera Instancia el que ostenta competencia jerárquica y objetiva para la sustanciación y decisión de los pleitos sobre cualesquiera materias susceptibles de enjuiciamiento relativas al Derecho privado, salvo que por reglas especiales se encomiende su sustanciación a otros órganos, de modo tal que la competencia objetiva de aquéllos ejerce *vis atractiva*, correspondiéndoles conocer residualmente de todo asunto —y por cualquier cuantía— que no esté atribuido de forma específica a otros órganos, como, por ejemplo, que el negocio verse sobre responsabilidad civil exigible a determinadas autoridades por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos, en cuyo caso corresponderían a la Sala Primera del Tribunal Supremo o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

La tardía puesta al día de la legislación española en materia mercantil, ya que hasta la década de los años ochenta el legislador español no se va a decidir a producir la legislación necesaria para modernizar nuestras instituciones mercantiles y dotarlas de un marco legal adecuado con los tiempos, no hacía necesaria la especialización de los órganos judiciales civiles en el conocimiento de estas materias, lo que, por el contrario, hacía mucho tiempo que se había producido en la mayoría de países europeos con legislaciones mercantiles más avanzadas.

## B. INICIATIVAS SOBRE ESPECIALIZACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES

Como consecuencia del elevado número de asuntos que deben resolver los Juzgados de Primera Instancia y las nuevas regulaciones que en diversas materias mercantiles se han producido en los últimos años, desde muchos sectores de la sociedad se demanda la especialización de estos órganos judiciales. Nuestra Constitución no veta la especialización de determinados órganos jurisdiccionales a los que se atribuya el conocimiento de determinadas materias. Lo que viene a prohibir la CE es la existencia de órganos especiales.

La especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los asuntos sobre propiedad industrial es pedida ya desde hace muchos

años por todos aquellos relacionados con la materia. Así, la doctrina científica más prestigiosa ha puesto de relieve esta necesidad en múltiples ocasiones (BERCOVITZ, FERNÁNDEZ NÓVOA, GÓMEZ SEGADE, LEMA DEVESA, OTERO LASTRES, entre otros).

Es sentir común la necesidad de especialización, entre todos los abogados y demás juristas dedicados a la aplicación y estudio de la propiedad industrial <sup>34</sup>.

También prestigiosas instituciones privadas, dedicadas a la investigación, estudio y difusión del conocimiento de la propiedad industrial, tanto en actos públicos, como dirigiendo comunicados tanto al Consejo General del Poder Judicial como al Ministerio de Justicia, han demandado la especialización judicial.

Así, el Grupo Español de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (AIPPI), el Centro de Estudios para el Fomento de Investigación (CEFI) y la Asociación Nacional para la Defensa de la Marca (ANDEMA).

Dentro del seno del Poder Judicial también se produjeron algunas iniciativas en este sentido. Así el Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial, en una Nota del año 1987; la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Acuerdo del año 1990. También, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Madrid, en el año 1991, encargó a una Comisión integrada por sus miembros la elaboración de un plan de especialización para estos órganos judiciales, contemplándose en la misma la especialización de Juzgados en materias mercantiles, entre las que se encontraba, claro está, la propiedad industrial.

También hubo algún intento legislativo, como el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se crean determinados órganos jurisdiccionales y el Cuerpo de Facultativos de fecha 10 de febrero de 1993. Aunque cualquier paso tendente a la especialización de los órganos judiciales ha de ser siempre bien acogida, es de señalar que el Anteproyecto era técnicamente muy imperfecto.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 establece competencias al órgano de gobierno del Poder Judicial para atribuir el conocimiento de determinadas materias a uno o varios órganos judiciales en exclusiva. Y aunque la Ley, tras su reforma por Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, prevé su desarrollo reglamentario, se detectan en ella algunos signos de especial interés por lo que respecta a la especialización judicial.

Así, el art. 98.1 establece que el Consejo General del Poder Judicial, podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos.

<sup>34</sup> Ver J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Órganos judiciales especializados y propiedad industrial», en *La propiedad industrial en España y en su contexto europeo*.

En contadas ocasiones se ha hecho por el órgano de gobierno de los jueces uso de estas facultades. Así, en el caso de las atribuciones de la competencia en segunda instancia del conocimiento de determinados asuntos mercantiles a la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, o la atribución de las materias sobre incapacitación y tutela al conocimiento de dos Juzgados en Madrid o también a otros el de las ejecuciones hipotecarias.

### C. CREACIÓN DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Como consecuencia inmediata de la nueva Ley Concursal, que exige, de una parte, reformas de orden sustantivo y procesal con rango de Ley Orgánica por afectar a derechos fundamentales del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones y libre residencia y circulación; la necesidad de concentración en un solo órgano judicial de las materias de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, como las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con aquél, así como determinados asuntos de la competencia atribuida a los Tribunales del orden social, se proyecta la creación de Juzgados y Tribunales de lo Mercantil para atribuirles dichas competencias completas derivadas del concurso. Al propio tiempo se da cumplimiento a alguno de los aspectos contemplados en el Pacto de Estado para la reforma de la justicia de 28 de mayo de 2001 en lo que se refiere a la necesidad de especialización dentro del orden jurisdiccional civil, y se vienen a atribuir a dichos Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de determinados asuntos, principalmente en materia mercantil de cierta complejidad y relevancia económica y social. También se aprovecha la ocasión para la creación, por fin, de los Tribunales de marcas comunitarias.

Como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, la creación de estos nuevos Juzgados especializados se realiza dentro del orden jurisdiccional civil, y es sólo un primer paso en la especialización de órganos judiciales, y su denominación alude a la naturaleza, predominantemente mercantil, de las materias que se atribuyen a su conocimiento y no a una identificación plena con la disciplina o legislación mercantil. Así, parece que abandona la Ley Orgánica el criterio contenido en un primer borrador de anteproyecto de ley, que tuvo circulación restringida, en el que se creaba un orden jurisdiccional de lo mercantil. Al fin, al optar por esta especialización, se tienen en cuenta los resultados que están ya produciendo la especializada Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, y se trata ahora de su generalización tanto en Primera Instancia como en Segunda, dejando al CGPJ el que, vía art. 98 LOPJ, establezca el número de éstos en cada provincia, pudiendo incluso crearse Juzgados de lo Mercantil con jurisdicción que abarque a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma y, en otros casos, con jurisdicción limitada a una parte del territorio de una provincia y con sede fuera de su capital. A diferencia



del sistema hasta ahora vigente, en el que el CGPJ podría haber establecido esta especialización por atribución de determinados asuntos mercantiles al conocimiento exclusivo y excluyente de algunos Juzgados de Primera Instancia y Secciones de las Audiencias Provinciales, lo que no ha hecho, el Proyecto de Ley obliga a su creación al menos con competencia territorial provincial, dejando al CGPJ el establecimiento de su número, los criterios para la especialización de los miembros que los integren y su selección.

Partiendo de la experiencia del ejercicio de las competencias atribuidas a la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, se atribuyen a los Juzgados de lo Mercantil, y a las Secciones de las Audiencias que conozcan en segunda instancia de los recursos contra todas las resoluciones de aquéllos, el conocimiento de las materias que en su mayoría venían referidas a aquella Sección de la Audiencia barcelonesa, con las consabidas reformas y precisiones que requiere la nueva Ley Concursal. Así, el artículo segundo de la Ley Orgánica 18/2003 modifica la del Poder Judicial, señalando en su apartado 6 que se añade un nuevo art. 86 ter por el que se concretan las competencias que, con carácter exclusivo y excluyente, tendrán los Juzgados de lo Mercantil, en primer lugar, en el conocimiento de las cuestiones que se suscitan en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora y, en todo caso, en las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado —con exclusión de las personalísimas que se refieran a capacidad, filiación, matrimonio y menores—; las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección; toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado y toda medida cautelar que afecte al patrimonio del mismo; las que en el procedimiento concursal deben adaptarse en relación con la asistencia jurídica gratuita; las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento. Como ya quedó antes señalado, estas competencias vienen exigidas por la nueva Ley Concursal y exceden de las atribuidas anteriormente a los Juzgados de Primera Instancia en materia de suspensión de pagos y quiebras, e incluso, por razones obvias, a la especializada Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Además, los Juzgados de lo Mercantil van a conocer de determinadas materias mercantiles escogidas de entre aquellas que tienen una regulación más nueva, mayor trascendencia social y económica y cuya naturaleza, civil o mercantil, no resulta cuestionada, como ocurre en materia de contratos. Por ello se les atribuye la competencia respecto de cuantas cuestiones sean competencia del orden jurisdiccional civil respecto de: las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a la competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como las que dentro de dicho orden jurisdiccional se promuevan al amparo

de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Debe precisarse que si bien la propiedad intelectual en nuestro ordenamiento jurídico viene desgajada de la propiedad industrial y considerada de naturaleza civil y no mercantil, los derechos de autor que protege ésta están íntimamente relacionados con los de aquella modalidad de propiedad, integradas ambas bajo la rúbrica de propiedad intelectual en el anexo de los Trips del Convenio de la Organización Mundial del Comercio, suscrito por España, por lo que parece adecuado su tratamiento por unos mismos órganos especializados desde el punto de vista práctico y funcional, que no coincide con el dogmático.

No parece acorde ni necesario con las competencias que a los Juzgados de lo Mercantil atribuye el art. 86.ter.2.a), de «todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas», con que se mantenga un apartado 1 de la Disposición Adicional Octava LOPJ, que se modifica, para señalar la competencia de Juzgados de lo Mercantil para conocer de los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónimas, limitadas y cooperativas y nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial a las que se refiere la LP. Tales previsiones en materia de sociedades tuvieron sentido en el primitivo texto de la LOPJ de 1985, que debió de adaptarse en alguna de las posteriores reformas de dicha Ley, toda vez que venía referido a Leyes de Sociedades Anónimas de 1951, y Cooperativas de 1974, derogadas por otras posteriores. Ahora lo previsto en el art. 86 ter.2.a) hace innecesaria la Disposición Adicional Octava, que sólo podría ocasionar confusión. También innecesaria la referencia de la Disposición Adicional respecto a los procesos que versen sobre nulidad de registro de las modalidades de la propiedad industrial a los que se refiere la LP, por idénticos motivos, ya que el nuevo art. 86 ter atribuye a los Juzgados de lo Mercantil competencia exclusiva en conocer «las demandas en las que se ejercitan acciones relativas a... propiedad industrial...» sin limitación alguna.

De igual forma se atribuye al conocimiento, a los Juzgados de lo Mercantil, cuantas cuestiones, competencia del orden jurisdiccional civil, se planteen respecto de las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional; aquellas relativas a la aplicación del Derecho marítimo, y acciones que se ejerciten respecto de las condiciones generales de la contratación, en los casos previstos en la legislación sobre la materia.

También se les atribuye el conocimiento de los recursos contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil.

En uno de los últimos trámites legislativos se incluyó al fin el conocimiento de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, pero no se hizo lo propio con el Derecho interno sobre competencia. Si bien apli-

caron en litigios privados los arts. 1 y 6 LDC cuando se ejerciten acciones sobre competencia desleal al amparo del art. 15.2 LDC, infracción de normas concurrenciales, no podrán conocer de la acción de nulidad a que se refiere el art. 1.2 LDC cuando exista una resolución firme del TDC y se acuda a la jurisdicción para obtener la declaración de nulidad ni de la indemnización de daños y perjuicios por prácticas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC, lo que hubiese resultado conveniente.

Si bien en un principio se pensó atribuirles también el conocimiento de la revisión jurisdiccional de los arbitrajes, finalmente no se hizo, pero la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, se encarga de introducir un apartado g) en el art. 86 ter LOPJ por el que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 de la Ley de Arbitraje, cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado, se debe referir al apartado 2 del art. 86 ter, lo que no resultará pacífico el determinar en todos los casos.

El Consejo General del Poder Judicial ha emprendido ya la tarea de seleccionar y formar a los jueces de lo mercantil mediante concurso-oposición y posteriores cursos de formación.

En cualquier caso, bienvenida sea la especialización y es de esperar que a corto plazo estén funcionando y con los resultados de todos esperados.

## 6. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEARÁ LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO A LOS JUECES DE LO MERCANTIL

Según se pudo constatar en la segunda reunión de la Asociación de Jueces especializados en Derecho de la competencia<sup>35</sup>, de las obligaciones que comporta para los jueces nacionales el Reglamento 1/2002 CE derivan diversos problemas tanto de fondo como procesales en todos los Estados miembros.

Centrándonos en nuestro país, señalaremos algunos de los más notorios.

### A. PROBLEMAS DE FONDO

#### a) *Indeterminación conceptual de los arts. 81 y 82 y la novedad de la aplicación del párrafo 3 del art. 81*

Como ya se anticipaba, la escasa aplicación que han tenido ocasión de realizar los jueces españoles de los arts. 81.1 y 82 CE, unida a la desorientación que crearon algunas de las sentencias del TS, al negar

<sup>35</sup> Luxemburgo, 12 y 13 de junio de 2003, CEFI, 1993, pp. 177 ss.

su aplicación con fundamento en el efecto directo horizontal de los Tratados, ha sido determinante de que esta legislación sea muy desconocida. Si a ello se añade la indeterminación conceptual de dichos preceptos que obliga a un conocimiento puntual de la jurisprudencia comunitaria y las decisiones de la Comisión, en la aplicación de Derecho tan casuístico como el de competencia, es fácil adivinar las dificultades a que han de enfrentarse los órganos jurisdiccionales españoles encargados de su aplicación.

De otro lado, ahora también deben aplicar, por primera vez, el art. 81.3 en un régimen nuevo de exención legal y donde la guía de la jurisprudencia comunitaria y las decisiones de la Comisión son escasas y menos precisas.

La indefinición del margen de compatibilidad con las decisiones adoptadas por la Comisión y las previstas que adopte a que se refiere el art. 16.1 del Reglamento es un escollo más para los que tengan que aplicar el Derecho comunitario de la competencia. Sólo un profundo conocimiento de la materia, lo que supone en todo caso de la jurisprudencia y de las decisiones de la Comisión, puede en parte paliar las dificultades que se adivinan.

En todo caso, la concentración del conocimiento de determinadas materias mercantiles, entre las que se encuentra el Derecho comunitario de competencia, en los nuevos Juzgados de lo Mercantil, servidos por especialistas, será sin duda una facilidad a corto plazo para solventar los problemas apuntados y obtener unos criterios más uniformes en su aplicación.

#### b) *Incorporación de documentos confidenciales*

Debemos hacer también alguna referencia, aunque sea somera, a un problema que ya se ha suscitado con ocasión de revisarse por la jurisdicción contencioso-administrativa las Resoluciones que dicta el TDC. Nuestro Derecho interno de competencia, a semejanza del comunitario, prevé que en la instrucción de los procedimientos se incorpore documentación aportada por las partes con carácter de confidencial, principalmente por contener secretos industriales o planes estratégicos o de *marketing* de las empresas, cuyo conocimiento por los competidores les podría causar graves perjuicios. Mantener documentos confidenciales en un procedimiento sancionador puede chocar con principios o garantías fundamentales que aquel procedimiento atrae de las que rigen en el proceso penal, como es el no producir indefensión. De hecho, se comprueba que, en muchos casos, al pasar los expedientes a la vía jurisdiccional para su revisión por ésta, se levanta sin más la confidencialidad con el perjuicio para aquel que aportó los documentos en la garantía de que se mantendrían confidenciales y al que luego no se le da la opción de retirarlos antes de publicitarlos a las demás partes.

Los problemas que de esta situación se derivan ya han sido tratados por algunos autores <sup>36</sup>.

A semejante problemática se van a tener que enfrentar los jueces de lo mercantil. Según veíamos más arriba, la Comisión, antes de transmitir información amparada por el secreto profesional, preguntará al órgano jurisdiccional si garantiza la protección de la información confidencial y los secretos comerciales, y sólo se transmitirá dicha información cuando así se lo garantice <sup>37</sup>.

## B. PROBLEMAS PROCESALES DE FORMA

No menos importantes, y en todo caso más numerosos, son los problemas que en estos aspectos se nos van a crear, fundamentalmente debidos a la imprevisión de nuestro legislador, pues, desde la publicación del Reglamento 1/2003 en el *DOCE* el 4 de enero de 2003, hasta la fecha de su aplicación, prevista en el mismo, 1 de mayo de 2004, ha habido tiempo suficiente para realizar los ajustes legales que permitieran su aplicación y eficacia. A este respecto, la Comunicación señala que «... *los Estados miembros deberán adaptar las normas procesales pertinentes que hagan posible que tanto los órganos jurisdiccionales nacionales como la Comisión se beneficien plenamente de las posibilidades que ofrece el Reglamento*» <sup>38</sup>.

Los órganos judiciales encargados en España de la aplicación de los art. 81 y 82 CE, como queda señalado, serán los Juzgados de lo Mercantil cuando entren en funcionamiento, revisando en apelación las sentencias de éstos las Salas de las Audiencias Provinciales correspondientes. Unos y otros, aún pendientes de establecer su planta al día de hoy, está previsto que comiencen a funcionar en el mes de septiembre próximo.

Analizaremos a continuación algunos de los principales problemas con los que se han de enfrentar ante la falta de previsión legislativa.

### a) *Alegación de los arts. 81 y 82 al controlar la demanda*

Es de prever que la alegación del Derecho comunitario de competencia se realice principalmente por la parte demandada de quien el actor exige judicialmente el cumplimiento de un contrato. En este supuesto, en principio, conocerán de la demanda los Juzgados de Primera Instancia civiles, toda vez que en las competencias atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil no se incluyen las acciones relativas a la contratación mercantil. En tal supuesto debería poder inhibirse el Juzgado de Primera Instancia que conoce en principio del asunto a favor del Juzgado de lo

<sup>36</sup> Ver L. BERENQUER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», *Gaceta Jurídica CE*, núm. D-27, pp. 71 ss.

<sup>37</sup> Comunicación III-A-I-23, 24 y 25.

<sup>38</sup> Comunicación III-A-I-17.

Mercantil correspondiente, a quien le viene atribuida la competencia, como órgano jurisdiccional especializado para conocer de los asuntos en que haya que aplicar el Derecho comunitario de competencia.

Por otro lado, como ya ha puesto de relieve algún autor, si se plantea la nulidad del contrato en la contestación de la demanda por incidir aquél en las prohibiciones del art. 81.1 TCE, el demandante disfrutará de muy escasos medios procesales para acreditar que el contrato objeto de la litis cumple los requisitos y condiciones del art. 81.3 TCE que lo convierten en legal. En el anterior supuesto el demandante carecería de la posibilidad de presentar observaciones escritas en defensa de la compatibilidad, de acuerdo con el art. 81 CE, y se vería obligado a presentar, con carácter exclusivamente verbal, dichas observaciones en el juicio oral previsto en los arts. 431 a 433 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, trámite que no parece el más adecuado para este tipo de argumentaciones<sup>39</sup>.

b) *Acciones de nulidad y de indemnización de daños y perjuicios derivadas de la LDC*

Los Tribunales de lo Mercantil aplicarán también el Derecho interno de competencia con ocasión de que se ejercite una acción de competencia desleal por infracción de las normas concurrenciales, al amparo del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, toda vez que les viene atribuida la competencia también en el conocimiento de esta materia. Pero, en cambio, el legislador no les ha atribuido el conocimiento de las acciones de nulidad<sup>40</sup> ni de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de infracciones de la LDC<sup>41</sup>.

En el supuesto de que una Resolución del TDC declare que un acuerdo, decisión o práctica es contraria al art. 1.1 LDC y no esté amparada por una exención legal o por una exención individual, de acuerdo con nuestro Derecho interno de competencia, aquella será nula conforme sanciona el art. 1.2 LDC. La declaración de nulidad corresponde siempre a los órganos judiciales. En el caso que examinamos, al no estar atribuido su conocimiento a los Juzgados de lo Mercantil, la declaración de nulidad corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia civiles. Para llevar a cabo la declaración de nulidad se deberá conocer también profundamente el Derecho de competencia, toda vez que, en aplicación de los principios generales en materia de nulidad —preservación del contrato y no declaración a favor del que ocasionó aquella—, el Juez debe analizar el contrato o acuerdo nulo para poder precisar la nulidad y su alcance. También

<sup>39</sup> J. FOLGUERA CRESPO y A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Las reformas en la aplicación de las normas comunitarias de Derecho de la competencia: principales novedades previstas en el nuevo Reglamento CE núm. 1/2003», en *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la competencia*, núm. 20, p. 22.

<sup>40</sup> Art. 1.2 LDC.

<sup>41</sup> Art. 13.2 LDC.

a la luz de la LDC el juez de lo mercantil, especialista en la materia, parecería el más adecuado para conocer de estas declaraciones de nulidad.

Por lo que se refiere a la indemnización de los daños y perjuicios, las acciones que deberán ejercitarse serán las previstas en las leyes civiles y ejercitables, por tanto, ante los órganos jurisdiccionales. De las mismas conocerán los jueces civiles y no los mercantiles, al no haberseles atribuido a éstos la competencia para su conocimiento.

También parece más adecuado, por parecidos motivos, que las acciones encaminadas a obtener el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por una práctica tipificada por los art. 1, 6 o 7 LDC, así declarada en resolución firme por el TDC, se encomiende al conocimiento de los Tribunales de lo Mercantil, lo que nuestro legislador tampoco ha hecho.

Falta también el cauce procesal para posibilitar la cooperación, que establece el Reglamento de la Comisión con los órganos jurisdiccionales y la de éstos con aquélla.

#### c) *Solicitud de información y de dictámenes a la Comisión*

Como se examinaba más arriba, los jueces nacionales gozan de la facultad que les proporciona el Reglamento de solicitar de la Comisión informaciones que obren en poder de ésta y la emisión de dictámenes sobre determinadas cuestiones y en los supuestos que también señala el Reglamento. El problema que se plantea a los jueces españoles en este supuesto es que en nuestro marco procesal no está previsto este tipo de peticiones y, por tanto, el momento en que podrá llevarse a cabo y si entretanto contesta la Comisión —aproximadamente en un mes y en cuatro meses, respectivamente— se ha de mantener o no paralizado el procedimiento y el momento y forma de dar traslado a las partes personadas en el mismo para su conocimiento y para que, en su caso, formulen alegaciones.

#### d) *La formulación de alegaciones por la Comisión*

Más complejidad procesal determinará el posibilitar de forma leal y eficaz el que tanto la Comisión como las autoridades de competencia nacionales formulen alegaciones de *amicus curiae* previstas en el Reglamento. En cualquier caso, se ha de posibilitar la presentación de alegaciones escritas a las autoridades de competencia españolas y a la Comisión facilitándoles previamente y para tal finalidad la documentación necesaria que obre en el expediente, debiendo habilitarse el marco procesal adecuado por cada Estado miembro, tal y como señala la Comunicación, que incluso llega a precisar que, en el caso de no haberse establecido aquél, será el órgano jurisdiccional el que establecerá las normas que lo habiliten.

Es la primera vez que nuestra jurisdicción, por imperativo de un Reglamento comunitario, va a permitir una intervención de este tipo, hasta ahora ajena a nuestro sistema procesal.

Como queda antes señalado, no se trata ni de una intervención de parte en el procedimiento, ni tampoco de la incorporación de una prueba al mismo. Esta singular intervención de *amicus curiae* tal vez tenga su precedente más próximo en nuestro sistema procesal en la intervención que a la Oficina Española de Patentes y Marcas habilita el art. 128 de la Ley de Patentes, al señalar que en los procedimientos de impugnación de patente deberá aquélla emitir un informe preceptivamente, estableciéndose al efecto que se le dará traslado de los autos por plazo de treinta días. En el caso que ahora nos ocupa no hay previsto nada, ni en cuanto a la forma del traslado, ni del momento procesal, ni del plazo para las alegaciones.

Como el Reglamento posibilita también alegaciones verbales, en este supuesto sólo con autorización del Tribunal, también debe preverse lo necesario para su posibilitación en el supuesto en que los órganos jurisdiccionales consideren conveniente el que también se produzcan alegaciones verbales por la Comisión o por las autoridades nacionales de competencia.

#### e) *Remisión de copia de las sentencias a la Comisión*

También entre las obligaciones derivadas de la cooperación con la Comisión está la de remitir copia de todas las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales en las que se apliquen los arts. 81 u 82 TCE, según veíamos anteriormente. Por lo que respecta a nuestro país, se ha establecido por el legislador interno que tal remisión deberá hacerse por los órganos judiciales a través del Servicio de Defensa de la Competencia<sup>42</sup>. Tal vez hubiese resultado más adecuado que el envío de las sentencias a la Comisión se coordinara por el Consejo General del Poder Judicial, lo cual, además, resultaría más eficaz y evitaría demoras, ya que los órganos jurisdiccionales están conectados informáticamente con el Consejo a través del “punto neutro judicial” y en breve se les dotará a aquéllos de firma electrónica.

#### f) *Intervención de los jueces en el control de las inspecciones de la Comisión*

Finalmente debe hacerse referencia a la intervención de los jueces nacionales con ocasión de una inspección llevada a cabo por la Comisión en un Estado miembro.

<sup>42</sup> Art. 95.cinco de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por el que se introduce una Disposición Adicional Única a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.



Según se comentó antes, en el supuesto de llevarse a cabo la inspección en el domicilio de una empresa, sólo en el caso de que aquélla se opusiese, deberá obtenerse mandamiento judicial para entrar en su domicilio. En el supuesto de que la inspección se pretendiera extender al domicilio particular del empresario, sus administradores o directivos, deberá, en todo caso, obtenerse previamente con mandamiento judicial. El control del órgano jurisdiccional nacional, como también se apunta antes, viene reglado por la propia norma comunitaria, ya que el Reglamento establece que el control de la legalidad de la decisión de la Comisión se reserva al TJCE, limitando la intervención del juez nacional a la comprobación de los parámetros que señala el Reglamento, tanto para el supuesto de las inspecciones en domicilios de las empresas, como para el caso de que se extienda a locales ajenos a aquéllas.

El control judicial y, en definitiva, el otorgamiento de los mandamientos para las inspecciones en domicilios por parte de la Comisión no corresponderán, a mi juicio, a los jueces de lo mercantil, por venir atribuido con carácter general a los jueces de lo contencioso-administrativo<sup>43</sup>, por lo que no profundizaremos aquí en el análisis de la variada problemática que se va a derivar, ya que este trabajo se limita al análisis de la que se producirá para jueces de lo mercantil en aplicación de los arts. 81 y 82 TCE.

No obstante lo anterior, debe hacerse alguna referencia a los problemas ya detectados con el anterior sistema que limitaba las inspecciones a los locales de las empresas y que subsisten en la actualidad. Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998 existían pareceres encontrados sobre si el mandamiento debía otorgarlo un Juzgado de Instrucción o un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. El Tribunal Constitucional vino a resolver la controversia en su STS 199/1998 en la que, recordando lo establecido en su anterior STC 144/1987, señaló que no había sido sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos. El art. 8.5 LICA de 1998 zanja en todo caso el asunto<sup>44</sup>, al señalar que las autorizaciones para la entrada en domicilios para la ejecución de actos de la Administración Pública corresponderá otorgarlos a los Juzgados de la Contencioso-Administrativo.

De otro lado, el art. 34.3 LDC, al ser modificado, vino a señalar que la autorización para la entrada en domicilios la solicitará el Director del Servicio de la Competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, quien resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

Como ha puesto de relieve algún autor, si bien se ha resuelto el problema que plateaba anteriormente la intervención del juez de instrucción, la propia solución ha suscitado nuevas dudas. Así, la primera que plantea

<sup>43</sup> Art. 8.5.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>44</sup> «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requerirá el consentimiento del titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de Administración Pública».

la nueva regulación es la relativa a la competencia territorial del Juzgado, pareciendo que deberá ser competente el juez de lo contencioso del domicilio del lugar al que se pretenda acceder, coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, pero contrario al sistema de competencia que establece el art. 14.1, regla 1.<sup>a</sup>, LJCA. Otra duda surge de la incompatibilidad del plazo máximo de cuarenta y ocho horas para resolver con el posibilitar la audiencia del interesado, lo que a su vez no es conciliable con la eficacia de la actuación administrativa<sup>45</sup>.

Los problemas a los que se han de enfrentar los jueces de lo mercantil, como hemos visto, son importantes y variados, algunos de los cuales necesitarán ser solucionados por el legislador, quien, a pesar de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, no ha producido las reformas legales necesarias para su correcta y eficaz aplicación. Por otro lado, otros órganos judiciales, según se apuntó antes, también deben encarar otros problemas que también derivan de posibilitar el Reglamento eficaz y lealmente. Sólo, pues, queda esperar y desear que a la mayor brevedad se tomen las medidas adecuadas para que los Juzgados de lo Mercantil comiencen a funcionar en la fecha prevista, con los medios necesarios, y se produzcan también las reformas legislativas que posibiliten la aplicación del Reglamento 1/2003 en todos sus términos.

<sup>45</sup> M. PEDRAZ CALVO, «Nuevas cuestiones de Derecho procesal con relación a la defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación Ico-Marcial Pons, pp. 162-164.

## BARRERAS DE ENTRADA Y COMPETENCIA \*

Amadeo PETITBÒ JUAN

Catedrático de Economía Aplicada  
Universidad Complutense de Madrid

### 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha avanzado considerablemente en relación con el tratamiento científico de los mercados y la competencia. La denominada “Nueva Economía Industrial” constituye un buen ejemplo de dicho avance. Su refinado desarrollo analítico se realiza, paso a paso, venciendo muchas dificultades, debidas tanto a la insuficiencia de datos como a la complejidad de los propios hechos que pretende analizar. En todo caso, ha contribuido, a clarificar o destruir ideas enraizadas en las mentes de los economistas, a recuperar viejos conceptos que no habían sido comprendidos suficientemente o habían sido olvidados y, sobre todo, a introducir estímulos y preocupaciones a los juristas, economistas académicos o al servicio de los operadores económicos y, también, a las autoridades de defensa de la competencia.

Las barreras de entrada y las estrategias empresariales para superarlas han sido objeto de una amplia reflexión en el campo de la Economía de los mercados. Sin embargo, a pesar de constituir ingredientes fundamentales en la consideración de las conductas de abuso de posición de dominio, en las operaciones de concentración económica y en la explicación de la rentabilidad empresarial, la aplicación del análisis económico a las barreras de entrada no es sencilla y su consideración en el Derecho de la competencia todavía no ha recibido la atención suficiente y el asunto no siempre alcanza conclusiones exentas de discusión, dado que el problema no se refiere a su existencia o inexistencia, sino a la altura de las barreras, su medición, las dificultades para superarlas y el coste de dicha superación<sup>1</sup>.

---

\* El presente artículo tiene su origen en una conferencia pronunciada el día 10 de julio de 2003 en el Curso «Comercio interior, territorio y competencia. Beneficios y riesgos del nuevo sistema de defensa de la competencia», organizado por la UIMP, dirigido por los profesores Lluís CASES y Antón COSTAS, y patrocinado por el Tribunal Català de Defensa de la Competència.

<sup>1</sup> Ver R. SCHMALENSEE, «Ease of entry: Has de concept been applied too readily», *Antitrust Law Journal*, núm. 41, 1987.

El presente artículo pretende ofrecer una presentación general del problema de las barreras de entrada según el análisis económico de los mercados, exponer un ejemplo de análisis empírico aplicado a esta cuestión y recoger algunas consideraciones efectuadas por la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) español.

## 2. LAS BARRERAS DE ENTRADA SEGÚN EL ANÁLISIS ECONÓMICO

La ampliación de los mercados como consecuencia de la mundialización de la economía ha fomentado la adquisición de empresas, la elaboración de nuevas estrategias empresariales y cambios, en ocasiones relevantes, en la regulación. Las empresas dinámicas han buscado nuevos mercados y tratan de responder eficazmente a las estrategias de las empresas rivales. Los hechos revelan que muchas empresas han aceptado el reto, y la consecuencia ha sido un incremento de la competencia —nacional e internacional— que ha evolucionado paralelamente al reconocimiento de que la confrontación leal de las empresas en los mercados contribuye a mejorar su eficiencia, de acuerdo con lo previsto por el análisis económico y avalado por la evidencia empírica. También las Administraciones Públicas han reconsiderado las normas reguladoras tradicionales: en unos casos, fomentando la reforma de la regulación y la competencia o reduciendo las barreras de entrada; en otros, protegiendo a determinadas empresas o grupos de empresas y levantando nuevas barreras de entrada.

Como subrayó STIGLER<sup>2</sup>, un mercado<sup>3</sup> es una institución donde se llevan a cabo las transacciones. Dicha función se realiza eficientemente si los bienes y servicios están bien especificados y si los compradores y vendedores disponen de información perfecta acerca de las propiedades y precios de las mercaderías. También puede entenderse el mercado como la arena donde se determinan los precios que determinan los intercambios de los bienes y servicios. En consecuencia, la extensión de un mercado será el área donde tienden a igualarse los precios de los bienes teniendo

<sup>2</sup> G. STIGLER, «Perfect Competition Historically Contemplated», *Journal of Political Economy*, vol. LXV, núm. 1, febrero de 1957.

<sup>3</sup> El Derecho de la competencia, de acuerdo con la tradición de las *Merger Guidelines* del *Department of Justice* norteamericano, toma como referencia el mercado relevante (de producto y geográfico) de una empresa (o grupo de empresas) de acuerdo con su influencia sobre los precios, la producción y, en consecuencia, los resultados. El criterio empleado es el siguiente: si el incremento en el precio de los bienes y servicios de una empresa monopolista hipotética que opera en un mercado relevante provocase que muchos demandantes prefirieran otras empresas (del mismo o distinto espacio geográfico) para adquirir el bien o servicio, de manera que el incremento del precio no resultase rentable a la empresa hipotética, entonces los otros bienes rivales deben ser incluidos en la definición del mercado (*antitrust*) relevante, pues impide elevar los precios a la empresa hipotética. El incremento de precios y la búsqueda de bienes y servicios sustitutos continúa hasta que el incremento de precios resulta rentable a la empresa objeto de análisis. Con estas referencias, el mercado se definiría como el área (conjunto de bienes, servicios y localización) donde la hipotética empresa monopolista puede elevar los precios y obtener mayores beneficios.

en cuenta los costes de transporte<sup>4</sup>. La reflexión de STIGLER abría las puertas a un análisis susceptible de enriquecer el conocimiento de las estructuras y comportamiento de las empresas y los mercados. Quizá por esta razón se lamentó de que muchos economistas, siguiendo la tradición de JEVONS, hayan considerado el mercado como un concepto subsidiario de la competencia.

STIGLER se apoya en la formulación “completa” del concepto de competencia perfecta llevada a cabo por F. H. KNIGHT<sup>5</sup>, quien estilizó su análisis de las relaciones de intercambio. Sobre la base, entre otros, de los supuestos de KNIGHT, STIGLER determina el marco de referencia de la competencia perfecta de acuerdo con las siguientes referencias: en primer lugar, el número de rivales debe ser suficiente, de forma que ninguno de ellos controle una parte apreciable de la oferta o la demanda; en segundo lugar, dichos rivales deben actuar independientemente, lo que excluye cualquier forma de colusión; en tercer lugar, los transactores deben tener un conocimiento completo del mercado; en cuarto lugar, la confrontación de intereses entre competidores debe conducir a la eliminación de los beneficios extraordinarios; en quinto lugar, no deben existir barreras de entrada o salida, y, por último, los operadores económicos deben disponer de tiempo suficiente para asignar los recursos (especialmente los bienes duraderos) a los usos más eficientes.

La consideración de la quinta referencia —las barreras de entrada o salida— constituye un elemento fundamental de la tradición de la Economía industrial<sup>6</sup> o Economía de los mercados. En efecto, en el contexto del análisis de la secuencia estructura-conducta-resultados, las barreras de entrada forman parte de la estructura de los mercados junto al número de compradores y vendedores, la diferenciación del producto, la estructura de costes, la integración vertical y la estructura conglomeral.

De acuerdo con M. E. PORTER<sup>7</sup>, la situación de la competencia en un mercado depende, básicamente, de cinco fuerzas: lucha entre los competidores actuales, poder de negociación de los competidores, poder de negociación de los clientes, amenaza de productos o servicios sustitutivos y amenaza de entrada de nuevos competidores. En relación con la amenaza de entrada, la posibilidad de que un nuevo operador entre en el mercado depende, según PORTER, «de los obstáculos existentes y de la reacción que puedan esperar de parte de los actuales competidores los que estudian la posibilidad de entrar en el sector»; es decir, la entrada depende de condiciones estructurales y de conducta. Para PORTER, los obstáculos que pueden dificultar la entrada son, fundamentalmente, los siguientes: economías de escala, diferenciación del producto, necesidades de capital,

<sup>4</sup> G. J. STIGLER y R. A. SHERWIN, «The Extent of the Market», *Journal of Law and Economics*, vol. 28, octubre de 1985.

<sup>5</sup> F. H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Kelley & Millman (1921), 1957.

<sup>6</sup> F. M. SCHERER y D. ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin (1970), 1990.

<sup>7</sup> M. E. PORTER, *Ser competitivos. Nuevas aportaciones y conclusiones*, Deusto (1979), 2003.

desventajas de coste independientes del tamaño, acceso a los canales de distribución y las políticas de las Administraciones Públicas. Por su parte, BAIN<sup>8</sup> considera que las condiciones de entrada en la industria pueden ser evaluadas «*por el nivel al cual los vendedores establecidos pueden incrementar persistentemente sus precios por encima del nivel competitivo sin atraer la entrada de nuevas empresas en la industria*».

Sobre la base de lo anterior puede sostenerse que las barreras de entrada son, en principio, obstáculos que dificultan la entrada de nuevos operadores en la industria o en los mercados de bienes y servicios. Sin embargo, esta definición precisa de una mayor concreción. En efecto, pudiera ocurrir que la consolidación de una empresa en el mercado fuera el resultado de una mejor posición competitiva fruto de una mayor eficiencia en la producción o distribución de bienes y servicios. Por ello, de acuerdo con BORK<sup>9</sup>, cuando las empresas que están presentes en el mercado son eficientes y sus plantas, equipo, conocimiento, cualificación y reputación son excelentes, los entrantes potenciales encontrarán dificultades extraordinarias para entrar en el mercado. Sin embargo, tales dificultades son naturales, deben ser superadas por los potenciales competidores y no deben ser objeto de consideración por las autoridades encargadas de velar por la competencia. Dichas autoridades deben preocuparse de aquellas barreras, incluso las administrativas, que no son debidas a una mayor eficiencia y que impiden la entrada o el crecimiento de las firmas presentes en el mercado. Esta cuestión es fundamental, pues no deben imponerse límites a la eficiencia de las empresas cuando la misma es el resultado de una adecuada organización de su estructura productiva o de un mejor posicionamiento estratégico en el mercado.

De hecho, las barreras de entrada imponen costes a los nuevos entrantes pero no a los incumbentes<sup>10</sup> y suponen que los operadores establecidos pueden disponer de poder de mercado y de una renta de situación por el mero hecho de ser incumbentes<sup>11</sup>. El modelo económico más sencillo que analiza las barreras de entrada se debe a BAIN<sup>12</sup>, MODIGLIANI<sup>13</sup> y SYLOS-LABINI<sup>14</sup>. Se trata de un modelo de STACKELBERG<sup>15</sup> en el que el incumbente es el líder y el entrante potencial es el seguidor. El seguidor debe pagar un coste fijo si quiere entrar en el mercado. El hecho de

<sup>8</sup> J. S. BAIN, «Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1949», *The Quarterly Journal of Economics*, 1956.

<sup>9</sup> R. BORK, *The Antitrust Paradox*, Basic Books, 1978.

<sup>10</sup> W. BAUMOL y R. WILLIG, «Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers and Sustainability of Monopoly», *Quarterly Journal of Economics*, XLVI, agosto de 1981.

<sup>11</sup> R. GILBERT, «Mobility Barriers and the Value of Incumbency», en R. SCHMALENSEE y R. D. WILLIG (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, North Holland, 1989.

<sup>12</sup> J. S. BAIN, *Barriers to New Competition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1956.

<sup>13</sup> F. MODIGLIANI, «New Developments on the Oligopoly Front», *Journal of Political Economy*, núm. 66, junio de 1958.

<sup>14</sup> P. SYLOS-LABINI, *Oligopoly and Technical Progress*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1962.

<sup>15</sup> Ver X. VIVES, *Precios y oligopolio. Ideas clásicas y herramientas modernas*, Fundación ICO-Antoni Bosch (1999), 2001.

que el incumbente no deba hacer frente a dicho coste le concede ventajas. El incumbente puede decidir qué volumen de producción le resulta más conveniente y, dada dicha magnitud, el entrante decide si le resulta conveniente o no entrar en el mercado o se queda fuera del mismo. El volumen de producción y el precio que impiden la entrada se conocen como cantidad y precio límite. Por otra parte, si el incumbente estima la conducta del entrante puede reaccionar en consecuencia. Incluso puede ocurrir que, ante el mencionado coste fijo, el presunto entrante decida no entrar en el mercado aun constatando que el incumbente puede actuar como una empresa monopolista que obtiene beneficios extraordinarios.

Entre las barreras de entrada más relevantes en las modernas economías de mercado pueden señalarse las siguientes<sup>16</sup>: limitación de la oferta de bienes, servicios o tecnología; barreras legales, economías de escala, de gama o derivadas de la integración vertical; costes hundidos; exceso de capacidad y diferenciación de producto. Sin embargo, la consideración de estas cuestiones puede ser insuficiente. Como las barreras de entrada son una referencia relevante para determinar el nivel de competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios, la *Monopolies and Mergers Commission* considera oportuno el análisis de la historia de los mercados para determinar el vigor de la competencia en los mismos. Para ello sugiere analizar las siguientes cuestiones: niveles de rentabilidad de las empresas en el pasado, historia de los movimientos de costes y precios de la empresa considerada y entre empresas, cambios en los niveles de concentración y en las cuotas de mercado, cambios en la penetración de las importaciones, éxitos y fracasos de las empresas que han intentado entrar en el mercado e historia de las empresas que salen del mercado.

De cuanto se ha dicho se deduce que la consideración de las barreras de entrada es un elemento fundamental<sup>17</sup> en el campo de la defensa de la competencia. En efecto, la jurisprudencia relacionada con la defensa de la competencia considera que lo relevante no es la posición de dominio en los mercados, sino el abuso de dicha posición. Pero la posición de dominio, posible efecto del disfrute una elevada cuota de mercado en el mercado definido como pertinente, pierde su importancia cuando la empresa dominante se siente amenazada por sus competidores (potenciales o reales) como consecuencia de la posible entrada de nuevos operadores en el mercado o del crecimiento de la actividad de algún operador incumbente<sup>18</sup>. Lógicamente, tales amenazas serán más o menos creíbles

<sup>16</sup> MONOPOLIES AND MERGERS COMMISSION, *Assessing Competition*, 1993.

<sup>17</sup> Por esta razón sorprende la superficialidad del análisis de las barreras de entrada realizado en la Resolución del TDC recaída en el Expediente 557/03, Airtel/Telefónica, de 1 de abril de 2004, en la que se impuso una sanción de 57 millones de euros al operador dominante. En este caso el TDC se limitó a decir que «las barreras de entrada estabilizan cuotas de mercado altas. Por eso son tan importantes para la determinación de la existencia o no de posición dominio».

<sup>18</sup> El TDC indicó, en la Resolución recaída en el Expediente R-362/99, Bacardí, que «una elevada cuota de mercado no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante». Además,

en función de la robustez y la altura de las barreras de entrada. Si las barreras de entrada suponen costes reducidos para los nuevos entrantes su consideración no es relevante desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Lo realmente significativo es que el coste de superar las barreras impida la incorporación al mercado de nuevos competidores eficientes.

A grandes trazos, las barreras de entrada se pueden resumir en tres grandes grupos: naturales, administrativas y estratégicas<sup>19</sup>. Las primeras encuentran su justificación en la propia naturaleza del proceso productivo (elevados costes de instalación, por ejemplo). Las segundas son la consecuencia de una regulación ineficiente y, por regla general, se traducen en pérdidas de eficiencia y, además, son difíciles —o imposibles— de superar. Las barreras estratégicas responden a movimientos estratégicos de las empresas con el fin de asegurarse el control de los mercados y, en consecuencia, aumentar la rentabilidad de las empresas que no deben hacer frente a las mismas. Dentro de este grupo pueden incluirse las economías de escala o de gama, las estrategias de diferenciación cuando la marca cuenta con clientes fieles, el elevado capital necesario para iniciar la actividad, los cierres del mercado o la exclusión de competidores (mediante contratos en exclusiva, contratos anudados, negativas o limitaciones de venta, predación, exceso de capacidad o integración vertical, entre otras cuestiones). En determinadas circunstancias tales barreras deben ser objeto de análisis por las autoridades de defensa de la competencia, pero en otros casos caen fuera de dicho análisis.

De acuerdo con el análisis económico, la consideración de las barreras de entrada debe ir acompañada de la correspondiente referencia al grado

---

en este caso se destacó la ausencia de barreras de entrada y el hecho de que se trata de un mercado altamente contestable. Sin embargo, en la Resolución recaída en el Expediente 486/00, McLane/Tabacalera, de 24 de abril de 2002, el TDC, recordando la Sentencia Hoffmann-La Roche, afirmó que «cuotas extremadamente importantes constituyen, en sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante», pero no lo es menos, añadía, siempre y cuando se mantengan durante un período de una cierta duración. La consideración de ambos criterios, simultáneamente, pone de relieve la necesidad de llevar a cabo un análisis económico afinado de la situación, no bastando la mera elucubración jurídica basada en intuiciones sin la necesaria aplicación del análisis económico a los hechos examinados. Tales cuestiones habían sido apuntadas en la operación de concentración C-11/93, Hoesch Industria española de suspensiones/Fried Krupp AG Hoesch Ag: «El nivel de competencia en un sector no se explica exclusivamente a partir de la consideración de los índices de concentración. Un nivel de concentración elevado en un ámbito geográfico determinado puede ser la condición necesaria para el ejercicio del poder de mercado, pero no puede considerarse como una condición suficiente. La entrada potencial de nuevos competidores o la oferta de nuevos productos, las importaciones, los resultados del progreso tecnológico, el poder de negociación de los clientes y los proveedores, la amenaza de operaciones de concentración entre los rivales, entre otros factores, son aspectos que contribuyen a precisar el poder de dominio real que una empresa —o un grupo de empresas— puede tener en un mercado determinado».

<sup>19</sup> En la citada Resolución 557/03 se hace referencia a las barreras administrativas o legales, económicas o de mercado y tecnológicas, mencionándose, además, la notoriedad de las marcas y las elevadas inversiones.



de "contestabilidad"<sup>20</sup> en el mercado relevante, especialmente cuando el grado de concentración de la oferta es elevado y hace suponer la posibilidad de poder de monopolio. En el Informe referido a la operación de concentración C 33/98, de 25 de enero de 1999 (Havas/Grupo Anaya) el TDC definió la contestabilidad de la forma siguiente: «la contestabilidad es una cualidad del mercado que hace referencia a la facilidad de entrada y salida del mismo. Así, se dice de un mercado que es perfectamente contestable cuando reúne en grado sumo las condiciones siguientes: 1) no existen barreras de entrada ni barreras de salida; 2) todas las empresas tienen acceso a la misma tecnología de producción, tanto las empresas implantadas como las potenciales entrantes; 3) la información sobre precios es completa y está disponible para todos los consumidores y todas las empresas; 4) se puede entrar en el mercado y salir del mismo antes de que las empresas que operen en él puedan ajustar sus precios. La contestabilidad de un mercado será mayor o menor según sean más o menos próximas a las citadas condiciones ideales las condiciones reales respectivas que se den en el mismo». El interés del análisis de la contestabilidad reside en el hecho de que complementa el tradicional análisis estructural que toma como referencia el poder de mercado explicado a partir de la consideración del grado de concentración con la consideración de cuestiones de naturaleza estratégica relacionadas con la facilidad de entrada y salida de los mercados. No debe extrañar, pues, que la referencia a la contestabilidad de los mercados constituya un ingrediente importante en los análisis de las autoridades de defensa de la competencia.

La consideración de tales cuestiones incluye elementos de complejidad. Por esta razón, la *Office of Fair Trading*<sup>21</sup>, consciente de las dificultades existentes para abordar los efectos de las barreras de entrada sobre la competencia, diseñó una metodología cuyas siete etapas son: definición de mercado y posibilidades de entrada por competidores que ofrecen bienes y servicios sustitutivos, condiciones de mercado y análisis de la historia de los nuevos entrantes, valoración de las ventajas absolutas de costes, valoración de las ventajas estratégicas, cierre vertical del mercado y exclusión, conductas predatorias y valoración de los obstáculos a la entrada. Dado que, por regla general, una parte relevante de la información necesaria para llevar a cabo dicho tipo de análisis no está publicada y es desconocida por las autoridades responsables de dictaminar sobre los obstáculos a la competencia que tienen su origen en las barreras de entrada, las entrevistas con los agentes económicos y la recogida de información directa son absolutamente necesarias para resolver los asun-

<sup>20</sup> Ver, por ejemplo, W. J. BAUMOL, «Contestable Markets: an Uprising in the Theory of Industry Structure», *American Economic Review*, 72 (1), 1982; W. J. BAUMOL, J. C. PANZAR y R. D. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, 1982; W. J. BAUMOL y R. D. WILLIG, «Contestability: Developments since the Book», *Oxford Economic Papers*, núm. 38, 1986. También puede consultarse S. MARTÍN, *Advanced Industrial Economics*, Blackwell, 1993.

<sup>21</sup> OFFICE OF FAIR TRADING, *Barriers to entry and exit in UK competition policy*, 1994.

tos sometidos a enjuiciamiento. Es necesario, pues, combinar unos adecuados conocimientos de análisis económico y del Derecho de la competencia con un método riguroso de recogida de información e investigación. En este campo, el análisis económico es manifiestamente más relevante que el análisis jurídico, poniéndose de manifiesto que los responsables de aplicar el Derecho de la competencia deben ser buenos conocedores de las modernas investigaciones en el campo de la Economía de los mercados y de la interpretación económica de las leyes que deben ser aplicadas.

### 3. LAS BARRERAS DE ENTRADA Y EL ANÁLISIS EMPÍRICO

El desarrollo del análisis de las barreras de entrada y sus aplicaciones por las autoridades de defensa de la competencia ha sido relevante. Sin embargo, las autoridades responsables de la defensa de la competencia no añaden el análisis empírico a sus consideraciones económicas o jurídicas. El desarrollo reciente de las técnicas econométricas pone de manifiesto la mejora del conocimiento acerca de la robustez de las barreras de entrada en los distintos mercados que puede alcanzarse mediante la realización de estudios empíricos. En otros términos, todo cuanto se ha hecho hasta ahora requiere el complemento de un análisis empírico que permita conocer el poder de las hipótesis efectuadas y el rigor de los argumentos empleados por reguladores y responsables de garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados más allá de lo expresado con palabras.

La consideración de las barreras de entrada desde el punto de vista empírico cuenta con una dilatada historia. Las primeras preocupaciones de los economistas especializados en Economía industrial se referían al papel de las barreras de entrada en la explicación de la rentabilidad empresarial. Los primeros modelos tenían una estructura del tipo:

$$\text{RENT} = a_0 + a_1 \text{CONC} + a_2 \text{DMOPT} + a_3 \text{CAPMIN} + a_4 \text{PUB} + a_5 Z$$

donde:

- RENT: rentabilidad empresarial.  
 CONC: nivel de concentración, medido por un coeficiente de concentración tipo CR<sub>i</sub> o HHI<sup>22</sup>.  
 DMOP: dimensión mínima óptima.  
 CAPMIN: necesidades mínimas de capital necesario para entrar en el sector.  
 PUB: relación entre los gastos de publicidad y la cifra de ventas.  
 Z: vector que puede incluir otras variables.

<sup>22</sup> Un coeficiente de concentración tipo CR se refiere a la cuota de mercado de las *i* (*i* = 1, 2... *n*) empresas de mayor dimensión. HHI se refiere al índice de concentración Hirschman-Herfindahl.

Este tipo de modelos ha sido aplicado en relación con la realidad española. Por ejemplo, PETITBØ<sup>23</sup> analizó las causas explicativas de la rentabilidad de las grandes empresas industriales españolas. En términos generales, el modelo empleado puede resumirse de la siguiente forma:

$$\text{RENT: } a_0 + a_1 \text{ DIM} + a_2 \text{ CONC} + a_3 \text{ BE} + a_4 \text{ K/L} + a_5 \text{ DIV} + a_6 \text{ EXP} + \\ + a_7 \text{ SAL} + a_8 \text{ DEM}$$

donde, en este caso,

DIM: dimensión de las empresas, considerando como indicadores de la misma las ventas, el número de trabajadores, el volumen de recursos propios o el valor añadido, calculando dichas variables en términos absolutos o logarítmicos.

BE: barreras de entrada, estimadas según los gastos de publicidad (PUB) absolutos o en relación con la cifra de ventas y la DMOP.

K/L: relación capital-trabajo, estimada a partir de una variable *proxy* considerando la energía instalada como un indicador del valor del capital.

DIV: diversificación, a partir de una variable *dummy*.

EXP: exportaciones: en términos absolutos o en relación con la cifra de ventas.

SAL: incremento de la retribución media por hora trabajada.

DEM: cambios en la demanda, estimados a partir de las variaciones de la cifra de ventas.

En relación con las barreras de entrada, los resultados alcanzados revelaron que la DMOP, dado el estado de la industria española a mediados de los años setenta, todavía no constituía una barrera de entrada insuperable que garantizara la obtención de elevadas tasas de beneficio. La consideración de la publicidad ofreció resultados poco significativos, pero el análisis efectuado y los resultados obtenidos permitían suponer que la publicidad actuaba como una barrera de entrada no decisiva y que los gastos correspondientes a las campañas publicitarias estaban más relacionados con el interés de las empresas en promocionar el conocimiento de la marca o en aumentar la información sobre el producto e incrementar las ventas que en impedir la entrada de nuevos competidores.

El estudio que realmente impulsó la preocupación por el análisis empírico de las barreras de entrada se debe a Dale ORR<sup>24</sup>, que inició un camino recorrido por otros autores. En aras a la simplificación y con

<sup>23</sup> A. PETITBØ, *La rentabilidad de las grandes empresas industriales españolas*, Fundación Juan March, 1984.

<sup>24</sup> D. ORR, «The Determinants of Entry: A Study of the Canadian Manufacturing Industries», *Review of Economics and Statistics*, vol. 56, 1974a, y D. ORR, «An Index of Entry Barriers and Its Application to the Market Structure Performance Relationship», *Journal of Industrial Economics*, vol. 39, 1974b. Otros estudios previos fueron los de E. MANSFIELD, «Entry, Gibrat'n Law, Innovation and the Growth of Firms», *American Economic Review*, vol. 52, 1962, y S. PELTZMAN, «Entry in Commercial Banking», *Journal of Law and Economics*, vol. 6, 1965.

el único objetivo de mostrar el papel importante que el análisis empírico puede jugar tanto en el desarrollo de la teoría de los mercados como en la conducta y en las determinaciones de las autoridades de defensa de la competencia, se hará referencia al modelo propuesto y verificado por Mark L. BURTON, David L. KASERMAN y John L. MAYO<sup>25</sup> (BKM).

El interés de dicho modelo reside en el hecho de haber sido utilizado para estimar un índice que mida la altura de las barreras de entrada en un número elevado de sectores, ofreciendo una valiosa información no solamente a los empresarios, sino, también, a las autoridades, especialmente a las responsables de aplicar el Derecho de la competencia.

BKM sugieren una formulación, alternativa a la propuesta por ORR, que consideran más consistente con la teoría económica. En concreto, proponen emplear la pendiente de una función bien definida de respuesta a la entrada para medir la altura de las barreras de entrada en lugar de hacer referencia al nivel de beneficios obtenidos indefinidamente sin fomentar la entrada de nuevos operadores en el mercado, como sostiene ORR. El método elegido por BKM se emplea para determinar un índice que mide la altura de las barreras de entrada, de forma que el planteamiento teórico conduce a la obtención de resultados que pueden ser tomados en consideración por las autoridades de defensa de la competencia. Barreras más elevadas suponen más tiempo para entrar en la industria, mientras que barreras reducidas en altura dificultan poco la entrada.

BKM consideran que del análisis teórico efectuado se llega a la conclusión que deben ser analizados dos modelos empíricos cuya forma es:

*Primer modelo:*

$$E_i = \delta_0 + \delta_1 \text{PCM}_i + \delta_2 \text{HUND}_i + \delta_3 \text{CR4}_i + \delta_4 \text{IPUB}_i + \delta_5 \text{EDAD}_i + \delta_6 \text{DIMEI}_i + \delta_7 \text{VI}_i + \delta_8 \text{TAMI}_i + \delta_9 \text{NEV}_i + \delta_{10} \text{CREC}_i$$

*Segundo modelo:*

$$E_i = \epsilon_{t0} \text{PCM}_i + \epsilon_{t1} \text{PCM}_i \text{HUND}_i + \epsilon_{t2} \text{PCM}_i \text{CR4} + \epsilon_{t3} \text{PCM}_i \text{IPUB}_i + \epsilon_{t4} \text{PCM}_i \text{EDAD}_i + \epsilon_{t5} \text{PCM}_i \text{DIMEI}_i + \epsilon_{t6} \text{PCM}_i \text{VI}_i + \epsilon_{t7} \text{PCM}_i \text{TAMI}_i + \epsilon_{t8} \text{PCM}_i \text{NEV}_i + \epsilon_{t9} \text{PCM}_i \text{CREC}_i$$

donde:

$\text{PCM}_i$  La variable ideal es la tasa de retorno interna. La falta de datos fuerza el uso de una variable *proxy* como los márgenes precio-coste. La medida ideal debería referirse a beneficios futuros pero el hecho de que no sea posible especificar qué período es teóricamente más apropiado conduce a considerar tanto los beneficios presentes como los futuros.

<sup>25</sup> M. L. BURTON, D. L. KASERMAN y J. L. MAYO, «Modeling entry and barriers to entry: a test of alternative specifications», *The Antitrust Bulletin*, vol. XLIV, 1999.

- HUND<sub>i</sub> Costes hundidos. Se supone que mayores costes hundidos reducirán la probabilidad de entrada dado un determinado nivel de beneficios. Se mide a partir de la renta de mercado ajustada para que un nuevo operador pueda entrar en cada industria manufacturera. Para medir los HUND<sub>i</sub> se emplea una variable *proxy* a partir de la consideración del valor de los activos amortizables, cuota de mercado de las empresas que entrarán en la industria, amortizaciones y pagos de renta.
- CR4<sub>i</sub> Cuota de mercado de los cuatro primeras empresas. En relación con los niveles de concentración pueden anticiparse dos hipótesis: elevados niveles de concentración pueden dificultar o impedir la entrada o, alternativamente, estimularla confiando en la posibilidad de coludir después de la entrada.
- IPUB<sub>i</sub> Los gastos de publicidad están relacionados con la diferenciación del producto. BAIN<sup>26</sup> analizó el impacto de la diferenciación sobre la entrada.  
Posteriormente, W. S. COMANOR y T. A. WILSON<sup>27</sup> y D. SHAPIRO y R. S. KHEMANI<sup>28</sup> han confirmado que los gastos de publicidad contribuyen a retardar la entrada de nuevos operadores. Sin embargo, otros autores, como R. AYANIAN<sup>29</sup> o H. BLOCK<sup>30</sup>, han defendido la hipótesis contraria. La variable utilizada es la relación entre los gastos de publicidad y los ingresos por ventas como expresión de la intensidad de la publicidad.
- EDAD<sub>i</sub> Indicador de la edad media de las empresas. BKM consideran que la inclusión de los aspectos dinámicos de las barreras de entrada puede contribuir a reforzar la capacidad explicativa de su modelo. Consideran, en efecto, que la aproximación de STIGLER concediendo ventajas al incumbente sobre el entrante potencial puede ser significativa dado que en un comportamiento estratégico la empresa reacciona ante la amenaza de entrada (*first mover*). Las ventajas del incumbente se explican por la mejora de sus conocimientos a medida que el nivel de producción se eleva. Se supone que, dado un nivel de beneficios, a mayor edad media de los incumbentes menor probabilidad de entrada.
- DIMEI<sub>i</sub> Diferencia porcentual entre la dimensión media (en términos de ventas) de los incumbentes y los entrantes en la industria. Se supone que cuanto mayor sea la diferencia más elevadas serán las barreras de movilidad y que las nuevas empresas que entran en una industria tienen dificultades para emular el comporta-

<sup>26</sup> J. S. BAIN, *op. cit.*, 1956.

<sup>27</sup> W. S. COMANOR y T. A. WILSON, «Advertising, Market Structure and Performance», *Review of Economics and Statistics*, noviembre, 1967.

<sup>28</sup> D. SHAPIRO y R. S. KHEMANI, «The Determinants of Entry and Exit Reconsidered», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 15, 1987.

<sup>29</sup> R. AYANIAN, «Advertising and Rate of Return», *Journal of Law and Economics*, vol. 18, 1975.

<sup>30</sup> H. BLOCK, *Advertising and Profitability: Journal of Political Economy*, vol. 82, mayo-abril de 1974.

miento estratégico de las empresas con poder de mercado y con mayor rentabilidad. Asimismo, se considera que cuanto mayor es la diferencia citada más robustas son las barreras de movilidad, de forma que cuando el valor de la variable aumenta las barreras elevan su altura.

- IV<sub>i</sub> Integración vertical. Tradicionalmente se ha supuesto que cuanto más integrada verticalmente esté una industria más elevadas serán las barreras de entrada. Como indicador de la IV se utiliza, a pesar de los problemas que dicha solución plantea, la relación entre el valor añadido y las ventas.
- TAMI<sub>i</sub> Tamaño de la industria. Cuanto mayor es el tamaño de la industria, medida por los envíos de las empresas, *ceteris paribus*, más probable será la entrada.
- NEV<sub>i</sub> Dado que el volumen de ventas correspondiente al tamaño también depende del número de empresas, se incluye una variable que recoja el número de empresas con ventas contabilizadas. Dado que las industrias crecen, dicho crecimiento atrae nuevas empresas, a menudo antes de que los incrementos de la demanda se traduzcan en incrementos de beneficios.
- CREC<sub>i</sub> Tasa de crecimiento de la industria.

Dado que TAMI, NEV y CREC no tienen influencia en las entradas observadas en relación con las barreras de entrada, no se relacionan con la rentabilidad, ni en el modelo de BKM ni en el de ORR.

Tras la correspondiente discusión acerca de los datos y de los problemas derivados de las especificaciones empíricas, BKM concluyen que tanto su modelo como el de ORR se comportan razonablemente bien y los parámetros ofrecen estimaciones estadísticamente significativas. Prácticamente todas las variables que reflejan la existencia de barreras de entrada tienen el signo esperado y son altamente significativas.

Concretamente, HUND, CR4, IPUB, DIMEI y VI retrasan de forma significativa la entrada de nuevos operadores en la industria. Además, en el modelo de BKM, TAMI, NEV y CREC afectan la entrada.

Sin embargo, a pesar de las coincidencias entre ambos modelos, BKM indican la existencia de algunas diferencias. Se refieren, por ejemplo, a que el coeficiente correspondiente a IPUB es positivo pero no significativo en el modelo de ORR y negativo y significativo en su modelo. En relación con los coeficientes de PCM, éstos no son significativos en el modelo de ORR y reflejan que el incremento en beneficios reduce la entrada, mientras que en el modelo de BKM es significativo y refleja un comportamiento opuesto.

A partir del análisis efectuado, BKM cuantifican la altura de las barreras de entrada correspondientes a 49 industrias con altas barreras y 90 industrias con bajas barreras, pudiéndose explicar los ingredientes que explican la altura de las mismas, hecho que ofrece una información valiosa tanto a los profesionales que deben llevar a cabo investigaciones relacionadas

con los problemas de competencia, como a las autoridades de defensa de la competencia. Mediante dichos análisis se incrementa la certidumbre de aquellos operadores económicos y autoridades de defensa de la competencia que deben tomar decisiones y se sustituye el argumento —más o menos elaborado— basado en simples conjeturas por otro apoyado en la evidencia empírica y cuantificado.

#### 4. LAS BARRERAS DE ENTRADA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En múltiples ocasiones el TDC se ha pronunciado acerca de las barreras de entrada. Por regla general, el análisis de las operaciones de concentración incluye un apartado al respecto. También es frecuente que los expedientes que analizan conductas de abuso de posición de dominio consideren las barreras de entrada como un elemento fundamental. A continuación se hace un breve repaso de la doctrina del TDC que, en ningún caso, se pretende que sea exhaustivo. Se adopta, como referencia, la clasificación aceptada anteriormente, según la cual las barreras puedan agruparse en tres grandes grupos: naturales, administrativas y estratégicas.

##### A. BARRERAS NATURALES

En relación con las barreras naturales, el TDC se pronunció en la operación de concentración *Chep/Gespalets* (C-32/98, de 26 de febrero de 1999). En aquel caso consideró que, en el mercado de los servicios de gestión integral y de alquiler de paletas para la manipulación y transporte de mercancías, un nuevo operador que deseara entrar en el mercado debe hacer frente a dos posibles barreras de entrada. La primera, la necesidad de contar con la capacidad financiera suficiente para llevar a cabo las inversiones en inmovilizado material (plantas para la reparación y lavado de las paletas usadas, almacenes de recogida distribuidos por todo el territorio) e inmaterial (aplicaciones informáticas de codificación y logística). Como indicó el TDC: «Únicamente mediante la utilización de personal especializado en su manejo es posible rentabilizar las considerables inversiones que supone la explotación de una empresa en este mercado». La segunda consiste en la necesidad de disponer del *know-how* necesario para llevar a cabo las operaciones de distribución y recogida.

La consideración conjunta de las barreras de entrada y la contestabilidad condujeron al TDC a concluir que «existen barreras de entrada significativas, fundamentalmente, de considerables inversiones en inmovilizado material e inmaterial, además de requerir recursos humanos específicos. Sin embargo, no hay reservas legales, industriales, comerciales, de publicidad ni de otro tipo que impidan que nuevos operadores se dediquen a esta actividad». Dado que la información sobre precios era

transparente y sus posibles incrementos estaban limitados por la oferta de servicios alternativa, sostuvo el TDC que «aunque no es posible que pueda entrarse y salirse en/del mercado de referencia tan rápidamente como para que quepa esperar “estrategias *raid*”, en conjunto, bien puede decirse que se está en presencia de un mercado de referencia suficientemente contestable si se optimizan las economías de escala que le son propias, dada la existencia de una alta masa crítica de clientes».

Otro ejemplo de barrera natural puede encontrarse en el sector eléctrico. En el Informe sobre la operación de concentración económica Unión Eléctrica Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico (C-54/00, de 17 de mayo de 2000), el TDC consideró que las inversiones en centrales de generación de energía eléctrica exigen un elevado volumen de recursos financieros, sus períodos de construcción requieren varios años, los períodos de maduración son largos y los precios de los combustibles están sujetos a continuas variaciones, con frecuencia no predecibles. Por ello, la posibilidad de emplear nuevas tecnologías o las variaciones relativas de los precios de los combustibles pueden fomentar la aparición de costes hundidos y, en consecuencia, el grado de contestabilidad en el mercado de generación es reducido. Los incumbentes, que operan con sus inversiones amortizadas parcialmente, que dispusieron de la garantía de la recuperación de sus inversiones pasadas a través del mecanismo de los CTCs y que están protegidos de la competencia por una regulación que limita la misma, disfrutaron de ventajas competitivas frente a los entrantes potenciales. Además, las dificultades de interconexión con Francia, el escaso número de nuevos operadores interesados en entrar en el mercado y la lentitud del proceso de tramitación de nuevas autorizaciones condujeron a la conclusión de que difícilmente, dadas las múltiples barreras de entrada existentes, la competencia se incrementaría en el corto plazo.

El TDC también incluyó como barrera de entrada los elevados costes de adquisición de los contenidos. En el Expediente de concentración económica C-74/02, Sogecable/Vía Digital, consideró que, en general, todos los contenidos audiovisuales «constituyen bienes protegidos por derechos de propiedad intelectual que restringen el acceso libre a los mismos, de forma que para lograr su retransmisión es necesario negociar esos derechos y pagar la contraprestación correspondiente». De acuerdo con la interpretación del TDC, lo que supone una barrera de entrada es el elevado precio de los contenidos *premium*, pues exigen la realización de fuertes inversiones por parte de aquellos operadores económicos que desean entrar en dicho mercado.

Pero lo realmente relevante son las dificultades para acceder a los derechos de contenidos *premium*, dado que éstos se negocian en régimen de exclusividad de forma que la primera empresa que los adquiere cierra el acceso a los mismos a otros operadores potenciales. En consecuencia, según el TDC, «las posibilidades de entrada y, en su caso, supervivencia de una televisión de pago son muy limitadas, dado que su oferta de programación sería mucho menos atractiva para los telespectadores que la



del primer entrante que ha adquirido la exclusiva sobre el “cine de los grandes estudios” y los acontecimientos deportivos más populares y, por consiguiente, no podría alcanzar una masa crítica de abonados con la que aprovechar las importantes economías de escala necesarias para hacer rentable un negocio marcado por elevados costes fijos».

## B. BARRERAS INSTITUCIONALES O ADMINISTRATIVAS

Las barreras institucionales o administrativas han sido consideradas en múltiples ocasiones por las autoridades de defensa de la competencia. En unos casos, en los informes dirigidos al Gobierno proponiendo la eliminación de normas ineficientes. El caso de las oficinas de farmacia es el mejor ejemplo que pone de manifiesto cómo una regulación ineficiente impide el acceso a la profesión de comerciante farmacéutico a un elevado número de operadores económicos potenciales e impide que otros operadores económicos puedan ser propietarios de una oficina de farmacia. Pero también se ha referido el TDC a las barreras legales en diversas resoluciones e informes, algunos de los cuales se comentan a continuación.

En la operación de concentración Alianza Bus/Enatcar (C-45/99, de 17 de enero de 2000) se hace referencia al sistema concesional como barrera de entrada. En el caso del transporte público regular de viajeros se establece que el servicio de transporte de viajeros por carretera se presta por una sola empresa a la que se le atribuye el monopolio por concesión administrativa, de forma que, aun siendo cierto que el proceso de adjudicación de la concesión contempla un concurso competitivo, durante el período de duración de la concesión ninguna otra empresa podrá competir con la concesionaria, quedando cerrado el mercado durante el período concesional<sup>31</sup>. Además de mencionar, como barreras de entrada, la captura del regulador<sup>32</sup>, el poder económico y financiero de las empresas y la asimetría de la información, se hace referencia a los mecanismos legales de modificación de las concesiones, de forma que «si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso; si en éste se concede una preferencia sustancial al concesionario anterior, y si, en el largo período entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades legales, que materializan con frecuencia, de ampliar dicho período y de extender las líneas concedidas sin necesidad

<sup>31</sup> Según Ginés DE RUS, la duración del contrato de concesión es uno de los aspectos más importantes del pliego de condiciones que vincula a la empresa concesionaria con la Administración. Ver G. DE RUS, «Economía y política del transporte: principios y tendencias», *Papeles de Economía Española*, núm. 82, 1999.

<sup>32</sup> Sobre el problema de la captura del regulador, ver, por ejemplo, G. J. STIGLER, «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, núm. 2, 1971; R. NOLL, *Reforming Regulation: Studies in the Regulation of Economic Activity*, Brookings Institution, 1991; P. L. JOSKOW (ed.), *Economic Regulation*, Elgar Reference Collection, 2000; W. K. VISCUSI, J. M. VERNON y J. E. HARRINGTON Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, D. C. Heath and Company, 1992.

de concursar, resulta evidente que la propia legislación que lo permite se constituye en una barrera de entrada adicional».

En este caso, los costes para el nuevo entrante pueden ser relevantes hasta el punto de dificultar o impedir su entrada en el mercado. En efecto, como se concluye en el Informe: «Junto a los largos períodos concesionales, que reducen la posibilidad de entrada de nuevos operadores, la legislación vigente, la LOTT<sup>33</sup> y el ROTT<sup>34</sup>, fundamentalmente, instrumentan una serie de medidas que posibilitan una deformación del espíritu de libre competencia del concurso de las líneas concesionales. Aspectos... sobre unificaciones, modificaciones, transmisiones y solapamientos permiten alterar las condiciones de las concesiones no sólo en cuanto a los tráficos y los orígenes o destinos, sino también sobre los períodos concesionales». Mediante este procedimiento tienen lugar una reducción de las líneas sujetas a concesión, un incremento del período legal de explotación en régimen de exclusividad y una adjudicación de nuevos tráficos sin que se sometan al régimen concursal, cuestiones que no son sino simples barreras de entrada de difícil o imposible superación.

Las barreras de entrada también están presentes en el sector comercial, especialmente en el caso de las grandes superficies. En efecto, en el sector comercial la principal barrera de entrada tiene su origen en la legislación existente y, más particularmente, en la que impone la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, sobre la solicitud de Licencia Comercial Específica para la apertura de establecimientos comerciales superiores a 2.500 m<sup>2</sup>, competencia que ha sido delegada a las Comunidades Autónomas (CCAA). De acuerdo con lo sostenido en el Expediente de concentración 52/00, recaído en la operación Carrefour/Promodés, de 4 de mayo de 2000, «los Gobiernos de las CCAA son los que determinan si “cabe o no cabe” un nuevo gran establecimiento comercial, con margen suficiente para la discrecionalidad a la hora de conceder estas licencias» lo que constituye una importante barrera de entrada de naturaleza administrativa. En otros términos, el TDC (Informe de concentración C-70, Caprabo/Enaco, de 28 de mayo de 2002) sostiene que «a pesar de la naturaleza generalmente competitiva, la distribución minorista se encuentra sometida a numerosas, prolijas y dispares normativas en el territorio español. Su inmediato resultado ha sido limitar la competencia. En particular, las restricciones cuantitativas referentes a la superficie de venta en una zona geográfica restringen la competencia al rechazar la entrada de eventuales nuevos entrantes en el mercado. Se corre así el riesgo de crear monopolios locales inmunes a la competencia, atrincherados en mercados geográficos al amparo de normativas

<sup>33</sup> Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 30 de julio de 1987.

<sup>34</sup> Reglamento de la LOTT, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, modificado parcialmente por el Real Decreto 858/1994, de 29 de abril; el Real Decreto 1772/1994, de 5 de agosto; el Real Decreto 1136/1997, de 11 de julio, y el Real Decreto 997/1888, de 14 de mayo.

autonómicas y municipales»<sup>35</sup>. Las barreras suponen costes, en ocasiones elevados y en ocasiones distintos a la propia actividad comercial, que sitúan a quien debe pagarlos en una peor posición competitiva en relación con los incumbentes o con aquellos que, por alguna razón, han podido evitar su pago. Resulta evidente que dichas barreras alteran el funcionamiento del mercado restringiendo la competencia y generan rentas de situación en beneficio de los incumbentes.

También, en determinados mercados, la regulación europea impide la libre competencia al establecer barreras de entrada prácticamente insalvables. En efecto, según se desprende del Informe correspondiente a la operación de concentración 31/98, Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación/Sociedad General Azucarera de España, de 5 de mayo de 1998, diversos factores conducen a sostener que el oligopolístico mercado del azúcar no es contestable y está protegido por fuertes barreras de entrada<sup>36</sup>. En relación con las barreras legales cabe destacar el Reglamento (CE) núm. 1785/81 del Consejo, de 30 de junio de 1981, por el que se establece la Organización Común del Mercado en el Sector del Azúcar. De acuerdo con dicho Reglamento y las normas que lo desarrollan, según el TDC, «puede afirmarse, por una parte, que resulta imposible la implantación en la Unión Europea de una nueva empresa dedicada a la fabricación de azúcar si no dispone de la correspondiente cuota; y, por otra parte, que el mercado comunitario queda completamente cerrado a la competencia exterior de terceros países, en los que el precio del azúcar suele situarse entre el 30 por 100 y el 40 por 100 del precio comunitario». Asimismo, también existen barreras administrativas a la ampliación de la producción en el mismo país, debido a que las Administraciones Públicas nacionales reparten la cuota.

Además, existen barreras legales a la ampliación de la producción dentro de un mismo país entre las distintas empresas de producción de azúcar debido a que las Administraciones con competencias en la materia reparten la cuota asignada a cada país entre aquéllas. Según el Informe,

<sup>35</sup> En el informe correspondiente al expediente de concentración económica C-78/03, Leroy Merlin/Brico, de 14 de marzo de 2003, el TDC sostiene que «algunas Comunidades Autónomas disponen de excepciones para las grandes superficies especializadas en bricolaje, incluso alguna de las más restrictivas, como la catalana. Es distinta, así, la situación de la distribución alimentaria, en que la barrera es absoluta de la de las grandes superficies especializadas. En éstas, y en concreto en las del sector del bricolaje, precisamente desde la entrada en vigor de la Ley 7/1996, hemos asistido a la apertura de más de la mitad de las gsb (grandes superficies de bricolaje) existentes».

<sup>36</sup> No existe un verdadero mercado del azúcar en España como consecuencia de una regulación a todas luces ineficiente. La cuota de producción es inferior al consumo interno. En consecuencia, es necesario proceder a su importación con los inconvenientes que ésta conlleva (costes de transporte, exacciones arancelarias elevadas para el azúcar procedente de países terceros, por ejemplo). Se trata, pues, de un mercado de oferta. En consecuencia, la capacidad de negociación de los demandantes es muy reducida o nula. Como la competencia en precios no es estrictamente necesaria no se practica. Por todo ello, de acuerdo con el TDC, «el precio del azúcar se fija por los productores ligeramente por debajo del precio que resulta de sumar los costes de transporte al precio franco fábrica en los países vecinos, fundamentalmente en Francia. Es más, los productores españoles de azúcar suelen situar a ese mismo precio en nuestro mercado el azúcar que compran en Europa para cubrir el déficit del consumo interno».

en España las cuotas fueron repartidas de acuerdo con la Orden de 10 de febrero de 1991 del MAPA y dicha situación tan sólo fue modificada como consecuencia de una operación de fusión por la que, de acuerdo con la Orden de 29 de enero de 1992, se transfirió una cuota de 13.000 toneladas a favor de la empresa Acor<sup>37</sup>. En estas condiciones cabe pensar que la competencia efectiva entre las empresas del oligopolio resultará afectada negativamente como consecuencia de una regulación ineficiente cuya modificación, dados los intereses creados, resulta prácticamente imposible.

Otro ejemplo de barreras de entrada administrativas se encuentra en la Inspección Técnica de Vehículos, actividad que, pudiendo ejercerse en régimen de autorización, está sometida a la normativa comunitaria, que sólo permite transferencias anuales del 10 por 100, de acuerdo con el criterio del Estado miembro. Sin embargo, en los casos de fusiones o de reestructuración del sector, las transferencias no están sometidas a ningún límite, quedando a la discreción de las Administraciones la concesión administrativa, y otorga al concesionario un monopolio territorial. De acuerdo con la Resolución recaída en el Expediente A-64/93, ITV, de 30 de diciembre de 1993) la conducta de la concesionaria se ajustaba a las disposiciones de la Administración valenciana, pero éstas limitaban las posibilidades de los competidores al haber optado la Administración por el sistema de gestión directa del servicio a través de una sola empresa pública complementada por un sistema concesional extraordinario al amparo de las pertinentes autorizaciones de la Administración del Estado. En este caso, la solución de la Administración combina el poder de la concesión con la prestación del servicio de inspección técnica de vehículos mediante una empresa pública de la propia Administración autonómica, erigiendo unas barreras de imposible superación por las empresas del sector privado.

En relación con el sector de la construcción, en general, y el de prestación de servicios eléctricos y mecánicos, en particular, en los que compiten un elevado número de empresas (pocas grandes y una constelación de pequeñas), el TDC<sup>38</sup> consideró que existen barreras regulatorias en materia de ordenación urbana justificadas por las características de estos mercados. Entre estas barreras destacan la necesaria clasificación administrativa del contratista, la necesidad de disponer de la necesaria capacidad técnica (como la exigencia de una experiencia mínima en proyectos similares, cualificaciones de la plantilla, etc.) y la solvencia económica y financiera (como la exigencia de unos niveles mínimos de facturación o patrimonio, presentación de avales, etc.) para concurrir a las licitaciones.

<sup>37</sup> La normativa comunitaria sólo permite transferencias anuales del 10 por 100, de acuerdo con el criterio del Estado miembro. Sin embargo, en los casos de fusiones o de reestructuración del sector las transferencias no están sometidas a ningún límite, quedando a la discreción de las Administraciones.

<sup>38</sup> Ver el informe del TDC recaído en la notificación relativa a la adquisición del control conjunto sobre el Grupo EMTE por parte de sus socios históricos y Sociedad General de Aguas de Barcelona. S. A.

Como se deduce de lo anterior, en este caso las barreras administrativas se apoyan en consideraciones eminentemente estratégicas.

### C. BARRERAS DE ENTRADA ESTRATÉGICAS

Las barreras de entrada estratégicas posiblemente sean las más frecuentes, aunque no sean las más difíciles de superar. Muchos son los ejemplos que pueden encontrarse en el listado de resoluciones del TDC. De entre ellos se seleccionarán algunos que contribuirán a ilustrar cómo las empresas elaboran estrategias encaminadas a impedir o dificultar la entrada de los rivales en el mercado. En algunos casos dichas estrategias son compatibles con el Derecho de la competencia, pero en otros son contrarias al mismo.

En el Expediente 356/94, Roca Radiadores, de 28 de septiembre de 1995, se analizaba si la Compañía Roca distribuía sus productos abusando de su posición de dominio en el mercado o se encontraba en el límite de lo que era una conducta lícita consistente en reducir sus precios, como consecuencia de la reducción de sus costes, al amparo de una eficaz organización y de las economías de escala, en beneficio de sus clientes y en detrimento de sus competidores potenciales. De hecho, Roca eligió como estrategia empresarial, con independencia de su posición de dominio en el mercado<sup>39</sup>, la fijación de los precios de sus productos ligeramente por encima de sus costes marginales, comportándose en el mercado como una empresa competitiva. Este hecho impide considerar dicha conducta como contraria al Derecho de la competencia, pese a que la estrategia de Roca constituye una barrera de entrada, lícita en este caso, que dificulta la entrada de competidores en la gama de los productos ofrecidos por Roca en el mercado español.

En la operación de concentración C-44/99, Heineken/Cruz Campo, de 2 de diciembre de 1999, el TDC consideró que existían barreras de entrada en el mercado de la cerveza demostrando la experiencia que las más relevantes eran «la necesidad de fidelización de los clientes, a través de la creación de marcas y de la diferenciación de producto, y la dificultad de acceso a las redes *horeca*<sup>40</sup>, sobre todo en las regiones de mayor consumo». En dicho mercado se detecta la existencia de barreras naturales y estrategias combinadas. Los elevados gastos de publicidad

<sup>39</sup> Se recuerda en la Resolución la Sentencia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Michelin/Comisión, en la que se sostiene que «la comprobación de la existencia de posición dominante no conlleva ningún reproche respecto de la empresa afectada, pero significa que incumbe a ésta, con independencia de las causas de tal posición, una especial responsabilidad para no perjudicar con su comportamiento a una competencia efectiva y no falseada en el mercado común». Y prosigue el TDC: «El ejercicio de este poder puede resultar o no abusivo según un análisis que ha de hacerse caso por caso, pero interesa destacar que no todas las actuaciones de la empresa que disfruta de posición de dominio pueden ser reputadas de abusivas y que las conductas abusivas han de estar acreditadas por pruebas que excluyan cualquier duda razonable sobre el comportamiento infractor».

<sup>40</sup> Hoteles, restaurantes y cafeterías.

por parte de las empresas presentes en el mercado dificultan la entrada de nuevos competidores, creando una barrera de entrada de difícil superación. Asimismo, las dificultades para acceder a las redes de distribución *horeca*, fragmentadas y dispersas, constituyen la segunda de las barreras de entrada. Dicho acceso exige una fuerte inversión para disponer de una red de almacenamiento y distribución que supone costes importantes, así como la incertidumbre acerca de los resultados de competir con los distribuidores establecidos. Todo ello supone una barrera de entrada cuya destrucción resulta más fácil si se adquiere una de las empresas instaladas en el mercado con la correspondiente red de almacenamiento y distribución. Asimismo, el posible exceso de capacidad también constituye una barrera de entrada exógena: «para un potencial operador a escala nacional sí es posible que la entrada en el mercado sea desalentada por la persistencia de exceso de capacidad, en la medida que ese exceso puede contribuir a que la evolución del precio dificulte o impida rentabilizar las inversiones en fidelización de clientela y en acceso a la distribución *horeca* necesarias para competir eficazmente a ese nivel». En definitiva, el TDC sostuvo que las barreras de entrada eran muy importantes, especialmente en relación con el mercado *horeca*, como consecuencia, sobre todo, de la menor elasticidad de demanda en este mercado. En coherencia con dicha conclusión sugirió declarar improcedente la operación notificada, quedando la decisión definitiva en manos del Consejo de Ministros.

No es infrecuente que los operadores económicos que detentan la condición de monopolistas intenten evitar a toda costa la penetración de nuevos entrantes en el mercado. El análisis de las Resoluciones e Informes del Tribunal revela que los monopolios del tabaco o de las telecomunicaciones, por ejemplo, han adoptado actitudes defensivas traducidas en inaceptables barreras de entrada. Un caso indiscutible de erección de barreras de entrada como consecuencia de la negativa de suministro al amparo de la tradición monopolista se encuentra en la Resolución recaída en el Expediente 350/94, Teléfonos en Aeropuertos, de 1 de febrero de 1995, confirmada por el Tribunal Supremo, en la que se examina, entre otras cuestiones, la negativa de conexión de líneas, por parte de Telefónica, a la empresa 3C Communications España que operaba en el mercado de valor añadido ofreciendo sus servicios de telefonía mediante el uso de tarjetas de débito o de crédito. Telefónica no estaba autorizada para tomar decisiones en relación con la denegación de líneas, pero retrasó o denegó solicitudes de concesión de líneas telefónicas para expulsar a un competidor potencial del mercado mediante la erección de una barrera de entrada insalvable, intentando impedir la actividad de un competidor de pequeña dimensión. La conclusión del TDC puso de manifiesto la especial gravedad de la conducta de Telefónica, pues el abuso de posición de dominio acreditado revestía una gravedad especial al concurrir en dicha conducta la figura de un monopolio legal que «al amparo de su posición de dominio, abusa del mismo, lo extiende a un mercado distinto pero conexo y cierra el mercado a un competidor

perjudicándole al limitar a aquél su capacidad de expansión, perjudicando, además, a los usuarios del servicio, los cuales, ante la inexistencia de dicho servicio, deben hacer frente a mayores costes y dificultades... para satisfacer sus necesidades de comunicación telefónica».

También la integración vertical puede ser la base sobre la que se erigen barreras de entrada. Un ejemplo de barrera de entrada cuyo origen se encuentra en la integración vertical de actividades procede de la operación de concentración C-38/99, Gas Natural/Endesa, de 6 de mayo de 1999. En este asunto la conclusión del TDC fue contundente: el modelo de integración vertical establecido por la Ley de Hidrocarburos no es el más adecuado para fomentar la competencia y, además, es contradictorio con la estrategia elegida en el sector eléctrico en el que se ha optado por el modelo opuesto, consistente en la desintegración vertical. En opinión del TDC, con el citado modelo «se ha tratado de impedir que el antiguo monopolista que operaba en los mercados ascendentes y descendentes y que era además el propietario de la red básica siga presente en todas las actividades, dificultando o impidiendo el acceso a los mercados en los que él opera bloqueándoles el acceso a la red». Adicionalmente, sostiene el Informe, quienes dominen los aprovisionamientos y la comercialización del gas natural tienen ventajas competitivas en relación con aquellos competidores potenciales que tienen que negociar con ellos el acceso a la red y pagar la tarifa correspondiente. La conclusión del TDC no dejaba lugar a dudas acerca de que la legislación concedía ventajas a los incumbentes que, al amparo de la misma, elaboraron una estrategia dirigida a consolidar su posición en el mercado ante la eventualidad de que el mismo se abriera a la competencia. En efecto, de acuerdo con las conclusiones del TDC, la Ley de Hidrocarburos, en su Disposición Transitoria Quinceava, modificada por el Real Decreto-ley 6/1999, cerraba la posibilidad de otorgar nuevas autorizaciones para construir nuevas instalaciones hasta el año 2008. Este hecho consolidaba la posición de monopolio territorial a las empresas que estaban presentes en el mercado, abrigándolas de la competencia en unos momentos en los que lo que necesitaba el mercado era justamente la eliminación de las ineficiencias de la regulación y la entrada de nuevos competidores. En consecuencia, el mercado, además de estar muy concentrado, estaba protegido por fuertes barreras, «insalvables a corto y medio plazo, para reaccionar ante los posibles aumentos de precios que pudieran practicar las empresas ya instaladas, dada su escasa contestabilidad».

Por último, cabe considerar la predación como barrera de entrada. Un ejemplo de barrera de entrada promovida por una conducta de predación —en este caso al alza— se encuentra en la Resolución correspondiente al Expediente 294/91, de 8 de julio de 1992. En la misma se analiza la conducta de un conjunto de empresas que, concertadamente, concurren a una subasta de aceite, en momentos de escasez del producto, ofertando precios particularmente elevados con el fin de expulsar del mercado a otros competidores, de forma que su conducta, calificada

de desleal por el TDC, tuvo como resultado la creación de barreras de entrada para sus competidores.

## 5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha repasado brevemente el análisis económico de las barreras de entrada, y la doctrina del TDC en relación con las mismas. Asimismo, se ha hecho referencia a algunos ejemplos de análisis empírico en relación con las barreras de entrada. Del análisis efectuado se concluye que la determinación de las barreras de entrada como un obstáculo para la competencia exige un análisis pormenorizado del asunto que combine el examen de la regulación existente con la consideración de la fortaleza de las barreras. El problema de fondo, tal como ocurre con el dominio del mercado y el abuso de la posición de dominio, no es tanto la existencia de barreras, como las posibilidades de superar las mismas. En consecuencia, la tarea de las autoridades de defensa de la competencia debe ir dirigida, fundamentalmente, a la destrucción de las barreras de entrada cuando éstas constituyan obstáculos insalvables a la competencia o a la reducción de su altura, según los casos. En el caso de que las barreras sean el resultado de la conducta de las empresas con una inequívoca posición de dominio en el mercado, lo procedente es la orden de remoción de las mismas y, si el abuso ha sido acreditado, la oportuna sanción que siempre debería ser superior a los beneficios, directos o indirectos, obtenidos como consecuencia de limitar la competencia en el mercado. En el caso de que las barreras tengan su origen en una decisión administrativa, lo pertinente es proceder a recomendar la inmediata eliminación de las normas que impidan la competencia en los mercados y, en su caso, la oportuna regulación. Los informes emanados de las autoridades de defensa de la competencia, frecuentes en el pasado y ausentes en el presente, constituyen una referencia fundamental.



## LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN ESPAÑA

Germà BEL

Antonio MIRALLES

Grupo de investigación Políticas Públicas y Regulación  
Económica de la Universitat de Barcelona \*

Muchos servicios públicos de ámbito y competencia local tienen una serie de características que dificultan en gran medida las posibilidades de dejar estos servicios en manos del libre mercado. En muchos casos, existen consideraciones de interés público que llevan a la existencia de una fuerte regulación de objetivos del servicio por parte del ente local. Además, y es el caso que centra el interés de este capítulo, la estructura de costes de este tipo de servicios puede dar lugar a los llamados monopolios naturales, donde es ineficiente que exista más de una empresa.

Un ejemplo típico de monopolio natural es una industria de suministro en red, como es claramente el caso del agua potable, del gas y de la electricidad. Pero servicios como los aeroportuarios o como la recogida y transporte de residuos sólidos tienen características similares a las de las industrias de red, aunque más sutiles. Tomemos como ejemplo el servicio de residuos sólidos: existe una red de recogida de basuras en tanto en cuanto el hecho de que haya más de dos compañías recogiendo el mismo tipo de residuos en la misma calle es ineficiente desde el punto de vista de los costes.

Estas características de los servicios públicos locales provocan que generalmente no se considere la posibilidad de dar entrada a la competencia dentro del mercado, al menos a escala municipal. De hecho,

---

\* Este trabajo forma parte de una investigación más amplia que ha disfrutado de apoyo financiero proporcionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (BEC2003-01679) y por la Generalitat de Catalunya, a través de las convocatorias competitivas de l'*Escola d'Administració Pública* (VIII Convocatoria, 1999). Ha sido de gran utilidad la información facilitada por los ayuntamientos que han colaborado en la Encuesta sobre la Producción de Servicios Locales, y por la Agencia Catalana del Agua. Dirección de correspondencia: [gbel@ub.edu](mailto:gbel@ub.edu).

incluso muchos de los municipios de Estados Unidos que habían tenido históricamente provisión privada y de libre concurrencia en sectores como la recogida de residuos han cambiado a la producción mediante monopolio, bien sea éste de propiedad pública o privada. Por tanto, la producción en forma de monopolio es el tipo habitual de organización en estos sectores.

Ahora bien, queda por ver si esto cierra completamente las puertas a las ventajas que la competencia ejerce en cuanto a presión para una mejor eficiencia y unas buenas condiciones del servicio para los ciudadanos. Porque si bien la competencia *en* el sector es prácticamente imposible o ineficiente, la competencia *por* el sector se presenta como una alternativa más atractiva.

Trabajos como el de CHADWICK (1859) y el más reciente de DEMSETZ (1968) ofrecen las aportaciones clásicas en esta idea. Dado que el sector tiende hacia niveles muy bajos de competencia, se plantea la idea de presentar periódicamente a concurso el dominio en el mercado local. Si diversas empresas suficientemente eficientes concursan por el dominio temporal en el mercado, la empresa ganadora se verá obligada a ofrecer a cambio buenas condiciones para los usuarios o consumidores.

Naturalmente, existen condiciones cuyo cumplimiento es necesario para conseguir que los usuarios obtengan mejoras a partir del empleo de estos procedimientos de contratación. DOMBERGER y JENSEN (1997) plantean a modo de resumen tres condiciones: un alto nivel de competencia efectiva por el contrato, escasa importancia de las circunstancias no previsibles que afecten al cumplimiento futuro del contrato, y escasa importancia de los llamados *activos específicos*. Por activos específicos entendemos los bienes de capital que sólo pueden ser utilizados para la prestación de ese servicio contratado, y que, por tanto, no pueden ser trasladados a otros puntos y/o procesos de producción. Su existencia lleva consigo los llamados *costes hundidos*: una vez invertido el dinero en estos activos, este dinero no se recupera.

Este trabajo se ocupa del sector de servicios locales en España y se plantea el análisis de la primera de las condiciones enumeradas, el grado de competencia efectiva, junto con su relación con el grado de cumplimiento de las otras dos condiciones. Dedicamos el análisis empírico a los servicios de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y suministro de agua potable, quizá los dos más paradigmáticos de las competencias municipales en cuanto a lo que a servicios públicos se refiere. Al final se extraen las pertinentes conclusiones e implicaciones.

## 1. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL MERCADO DE CONCESIONES Y OTROS CONTRATOS PARA EL TRATAMIENTO DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LOS MUNICIPIOS ESPAÑOLES

El procedimiento más habitual empleado en la literatura económica internacional para evaluar el impacto de la forma de producción sobre los costes del servicio de residuos sólidos es la estimación econométrica de funciones de costes. Para el caso de España, el único trabajo de este tipo que conocemos es el de BEL (2003), en el que se analizan los factores que influyen en los costes pagados por los municipios de Cataluña por el servicio de residuos sólidos. De la estimación econométrica se desprende que la forma de producción (pública o privada) no ejerce influencia sobre las diferencias observadas en el nivel de costes entre los municipios catalanes<sup>1</sup>.

Un resultado de este tipo habría tenido un carácter ciertamente singular en el contexto de los trabajos empíricos publicados entre mediados de los setenta y principios de los noventa. Sin embargo, es un resultado que aparece con más frecuencia entre los trabajos empíricos aparecidos en los últimos años. Sin perjuicio de la posibilidad de que la adopción de la decisión de privatizar haya tenido efectos sobre el nivel de costes en los momentos siguientes a su adopción, pueden existir algunos factores dinámicos que contribuyan a diluir sus potenciales efectos.

La literatura empírica sobre privatización de empresas públicas resulta bastante concluyente en la apreciación de que, desde el punto de vista de la eficiencia, es más importante el grado de competencia *en el* sector que la propia estructura de la propiedad, cuyos efectos quedan subordinados a la intensidad de los estímulos derivados de la existencia de competencia. Esta investigación tiene por objeto servicios de tipo monopolístico en los que lo central es la competencia *por el* sector. En este contexto, la existencia de problemas en la competencia por los contratos podría ser un obstáculo para la mejora tanto de la eficiencia técnica de la producción del servicio, que se reflejaría en los costes de producción de las empresas, como de la eficiencia asignativa, que se reflejaría en los costes pagados por los municipios para sufragar el servicio.

La contratación pública es un proceso dinámico que suele moverse desde una estructura de mercado competitivo hacia otra de carácter monopolístico (SCLAR, 1997, 2000). Aunque el proceso de subasta haya sido competitivo, la propia concesión del contrato transforma el mercado en un monopolio bilateral. El contratado intentará asegurarse el mantenimiento del control sobre el contrato, mediante prácticas restrictivas

<sup>1</sup> Por su parte, fuera del ámbito del análisis paramétrico, BOSCH, PEDRAJA y SUÁREZ-PANDIELLO (2000) analizan mediante DEA los indicadores de eficiencia técnica en 75 municipios de Cataluña y no hallan diferencias significativas entre municipios con producción privada y municipios con producción pública.

de la competencia pública o privada. Anticipándose a las amenazas, las empresas dedicarán esfuerzos a obtener influencia política, por un lado. Por otro, tratarán de llegar a acuerdos entre sí. VICKERS y YARROW (1991) advierten sobre la posibilidad de prácticas colusorias o de dominio progresivo del mercado.

De acuerdo con la literatura económica, la competencia puede ser más relevante que la estructura de propiedad para explicar el nivel de costes de un servicio. Esta hipótesis puede ser empleada también para explicar los resultados obtenidos en el análisis empírico para Cataluña mencionado arriba. Por ello, es útil contrastar esta hipótesis mediante el análisis del grado de concentración empresarial en este sector en Cataluña.

La *Encuesta sobre la Producción de Servicios Públicos* (2000), realizada para el desarrollo de esta investigación y enviada a todos los municipios de la Comunidad Autónoma de Cataluña, incluía información sobre la empresa titular de la concesión para aquellos municipios en que el servicio era producido por empresas privadas. Esto permite conocer la distribución por empresas de los contratos en los 152 municipios (82 por 100 del total de la muestra) en que la producción es privada. El número total de concesiones es de 155, puesto que el municipio de Barcelona se halla dividido en cuatro áreas a efectos de contratación externa del servicio de residuos sólidos, por lo que los procesos de concesión son cuatro en lugar de uno <sup>2</sup>.

La tabla 1 presenta los resultados derivados de la estructura de las concesiones. De esta primera aproximación se desprende ya la existencia de un grado de concentración muy importante, tanto en lo que se refiere a la cuota de mercado según número de concesiones como, sobre todo, a la cuota de mercado según volumen de residuos gestionados <sup>3</sup>. Un solo grupo empresarial, el que tiene como empresa matriz a Fomento de Cons-

<sup>2</sup> Esta reforma del proceso de contratación externa en la ciudad de Barcelona entró en vigor por primera vez para las concesiones iniciadas en 2000. Previamente existía una única concesión para el conjunto de la ciudad. Con el objetivo de estimular la competencia en el proceso y de facilitar la competencia por comparación se limitó a un máximo de dos (50 por 100) el número de concesiones que podía obtener la misma empresa. El resultado del proceso fue la obtención de dos concesiones por la empresa Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), una por la empresa CESPA y otra por la empresa Urbaser. Dada la falta de disponibilidad de información por debajo del nivel municipal por lo que a la cantidad de residuos generados se refiere, para el análisis empírico se ha supuesto que los residuos están equi-distribuidos entre las diferentes áreas geográficas y, por tanto, concesiones. La presencia del municipio de Barcelona, tanto por su dimensión singular, como por el supuesto empleado para la asignación de residuos por concesión, no altera los resultados presentados en la tabla 1. La tabla A-1 en el Anexo presenta los resultados sin la inclusión de la ciudad de Barcelona.

<sup>3</sup> En algunos municipios, especialmente del área metropolitana de Barcelona, la empresa que realiza la recogida y transporte de los residuos destinados a eliminación es diferente a la empresa que realiza la recogida y transporte de los residuos selectivos destinados a tratamiento. Para estos casos, en este análisis se ha tenido en cuenta la empresa encargada de los residuos de eliminación, que constituyen generalmente entre el 85 por 100 y el 90 por 100 del total de residuos sólidos. Por tanto, no son de esperar distorsiones significativas en el análisis de las cuotas de mercado.

trucciones y Contratas (FCC), agrupa casi el 30 por 100 de las concesiones y casi el 50 por 100 del volumen de residuos recogidos en nuestro análisis. Por su parte, CESPA, el segundo grupo empresarial del sector en Cataluña <sup>4</sup>, agrupa el 12 por 100 de las concesiones y el 16 por 100 del volumen de residuos.

TABLA 1

## ESTRUCTURA DE LA TITULARIDAD DE LAS CONCESIONES. AÑO 2000

Concesiones por empresa	Titular	Número total concesiones	Cuota de concesiones (%)	Residuos generados (Tn)	Media de residuos por concesión (Tn)	Cuota en el total de residuos (%)
46	FCC	46	29,68	1.069.516,37	23.250,36	46,86
18	CESPA	18	11,61	371.923,36	20.662,41	16,30
8	Vicens Orts	8	5,16	52.025,43	6.503,18	2,28
7	BF-Iacsa	7	4,52	65.779,01	9.397,00	2,88
4	Urbaser	4	2,58	201.879,53	50.469,88	8,85
4	Ferran Vila	4	2,58	13.538,30	3.384,58	0,60
3	3 empresas	9	5,81	42.729,86	4.747,76	1,87
2	10 empresas	20	12,90	153.160,03	7.658,00	6,71
1	39 empresas	39	25,16	311.766,46	7.994,01	13,66
		155	100,00	2.282.318,34	14.724,63	100,00

*Nota:* Las concesiones ostentadas por empresas filiales en el sector se han integrado con las concesiones obtenidas por la empresa matriz del grupo.

*Fuente:* Elaboración propia.

En el otro extremo, un cuarto de las concesiones (39) ha sido asignado a empresas con un único contrato, y un 13 por 100 (20) a empresas con dos contratos <sup>5</sup>. Esto configura un sector caracterizado por un intenso grado de concentración, dada la acumulación de contratos en las mayores empresas, y un intenso grado de minifundismo en el extremo inferior de la dimensión empresarial.

Un análisis más específico del grado de concentración empresarial puede realizarse mediante el empleo de algunos indicadores de concen-

<sup>4</sup> En 2003 CESPA, división de residuos sólidos del grupo Aguas de Barcelona, fue adquirida por el grupo Ferrovial. La implantación de este grupo en el sector de residuos sólidos en Cataluña antes de la adquisición de CESPA era irrelevante, por lo que quedan inalterados los resultados de nuestro análisis empírico.

<sup>5</sup> Es posible que alguna o muchas de estas empresas tengan más contratos en el conjunto de Cataluña. Aunque la representatividad de nuestra muestra para los municipios de más de 1.000 habitantes es muy elevada, ha quedado un alto número absoluto de municipios no incluidos. Sin embargo, este hecho no cambiaría las características observadas de la estructura de concesiones.

tración bien asentados en la literatura económica. Para ello usaremos los ratios de concentración  $RC_1$  (cuota de la empresa líder en el mercado),  $RC_4$  (cuota de las cuatro primeras empresas) e  $HH$  (Índice de Hirschman-Herfindahl). En el apéndice se ofrece una explicación técnica de cada uno de los índices.

La tabla 2 presenta los índices de concentración calculados: *a*) para el número de concesiones, y *b*) para el volumen de residuos gestionados por la empresa. Los ratios  $RC_1$  y  $RC_4$  muestran un nivel muy alto de concentración. La cuota de mercado de la empresa líder en Cataluña alcanza casi el 30 por 100 de las concesiones y el 50 por 100 del volumen de residuos gestionados. Al agregar las cuotas de mercado de las cuatro mayores empresas obtenemos que éstas concentran el 50 por 100 de las concesiones y los tres cuartos del volumen de residuos gestionados (dos tercios si se excluye al municipio de Barcelona). De acuerdo con los cuatro tipos de estructura de mercado caracterizados en BUESA y MOLERO (1998) para el análisis del  $CR_4$ , el nivel de concentración es muy alto (nivel 1, superior al 60 por 100) en lo que respecta al volumen de residuos, y alto (nivel 2, entre el 40 por 100 y el 60 por 100) en lo que respecta a las concesiones.

TABLA 2  
ÍNDICES DE CONCENTRACIÓN EN EL SECTOR DE SERVICIOS  
DE RESIDUOS SÓLIDOS (MUESTRA TOTAL)

Muestra	Variable	$RC_1$	$RC_4$	$HH$
Total	Concesiones (155)	0,2968	0,5097	0,1120
	Volumen residuos	0,4686	0,7563	0,2583
Total sin Barcelona	Concesiones (151)	0,2914	0,5033	0,1083
	Volumen residuos	0,4531	0,6703	0,2294

Fuente: Elaboración propia.

El Índice de Hirschman-Herfindahl supera el 0,10 para las concesiones y supera el 0,20 en cuanto al volumen de residuos gestionados. De acuerdo con los cuatro tipos de estructura de mercado caracterizados en BESANKO *et al.* (2000), la estructura de mercado es de competencia monopolística en lo que respecta a las concesiones (la competencia depende de la diferenciación de productos) y la estructura es de oligopolio por lo que respecta al volumen de residuos gestionados (la competencia depende de la rivalidad entre las empresas). Tomando en consideración los límites a la diferenciación de producto en el sector, de la estructura de mercado observada se puede concluir que la intensidad de la competencia es escasa y depende crucialmente de la rivalidad entre empresas.

En conclusión, los niveles de concentración en el sector de servicios de residuos sólidos en Cataluña son muy elevados. Los datos presentados

por REIMER (1999) indicaban que las cinco mayores compañías de este sector en el Reino Unido concentraban el 60 por 100 de los contratos obtenidos por empresas privadas. De nuestro análisis se derivan porcentajes de concentración muy similares en el conjunto de Cataluña. Si atendemos al volumen de residuos gestionados, el nivel de concentración es incluso significativamente superior. Estos resultados muestran una situación clara de debilidad de la competencia en el sector, y dan apoyo a la hipótesis de que los fallos de competencia podrían ser un obstáculo a la mejora de la eficiencia. Por ello pueden contribuir a explicar la ausencia de influencia de la forma de producción sobre el nivel de costes asumido por los municipios por el servicio.

## 2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL MERCADO DE CONCESIONES Y OTROS CONTRATOS PARA EL SUMINISTRO DE AGUA POTABLE EN LOS MUNICIPIOS ESPAÑOLES

La gran mayoría de los estudios de carácter empírico sobre la idoneidad o no de la privatización como instrumento para reducir costes de los servicios públicos ha sido aplicada al caso de la recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos (HODGE, 2000). Esto se ha debido a la relativa facilidad para obtener datos comparables de costes. Aunque menos, otros estudios se han dedicado a la medición de los efectos de la privatización sobre otro tipo de servicios públicos. Entre ellos figura, de forma destacada, el servicio municipal de suministro de agua <sup>6</sup>.

El interés por la eficiencia y los costes en el sector del agua ha sido más intenso en el Reino Unido <sup>7</sup> que en otros países. Esto se debe a la peculiar estructura de los servicios del agua en Inglaterra y Gales en comparación con muchos otros países. En Inglaterra y Gales, la industria del agua estaba formada desde los años setenta por una decena de grandes autoridades regionales, entes públicos de gran dimensión que asumían sus responsabilidades en el ciclo completo del agua. Naturalmente, esto era compatible con la existencia de empresas privadas contratadas por cada ente público para la realización de alguna de las funciones incluidas en el ciclo.

En 1989 el Gobierno británico emprendió una reforma privatizadora sin precedentes en este sector y las autoridades regionales pasaron a manos privadas con la promesa que las ganancias de productividad serían sustanciales. El Gobierno introdujo inmediatamente un sistema de regu-

<sup>6</sup> RENZETTI y DUPONT (2003) presentan un resumen de los estudios realizados en este sector, los cuales son, por cierto, poco concluyentes.

<sup>7</sup> Con mayor precisión, nos hemos de referir solamente a Inglaterra y Gales, puesto que el resto de territorios que conforman el Reino Unido disponen de su propia e independiente estructura de la industria del agua.

lación de precios, lo que revela que no confiaba en la libre fijación de éstos y, por tanto, daba por sentado que la competencia *en el sector* era más bien escasa.

En el caso inglés, la regulación de precios se combinó con la llamada *competencia por comparación*, según la cual a las autoridades ahora privadas que obtuvieran mejores resultados en cuanto a eficiencia productiva se les permitía imponer unas mayores subidas de precios. La puesta en práctica de esta política ha sido muy difícil porque requiere un conocimiento exacto de la estructura de costes de la industria por parte del regulador, para evitar la discriminación a empresas que obtengan malos resultados por motivos ajenos a su gestión.

La teoría y la evidencia hasta ahora conocidas nos sugieren que la *competencia en el mercado* del ciclo del agua no es viable. De hecho, el sector del agua es considerado casi de forma unánime como un *monopolio natural* dentro de una determinada extensión geográfica, debido al enorme peso económico de las redes de suministro. Con generalidad, *la cuenca hidrográfica constituye la extensión que minimiza los costes medios* de gestión de todo el ciclo económico del agua, de ahí que la Directiva Marco del Agua (2000/60/EC) contemple las cuencas hidrográficas como unidades que deben representar un papel importante en la gestión del ciclo. El margen para competir en este mercado es casi nulo, descontando los casos de frontera entre cuencas hidrográficas. Por otra parte, la *competencia por comparación en la industria* resulta difícil de implementar. Queda, sin embargo, un tipo de competencia por analizar, y éste es el tipo de competencia en el que se ha confiado más en nuestro país. Se trata de la *competencia por el mercado*.

En España, las competencias sobre la distribución del agua potable recaen sobre los municipios, al igual que sucede en Francia, y de forma claramente diferente a como se organizan las competencias en Inglaterra y Gales. Los municipios son libres para decidir en qué forma quieren gestionar tales competencias: o bien mediante la producción directa o bien mediante la contratación externa. La contratación externa del servicio incluye diversas formas, desde la clásica concesión hasta la formación de empresas mixtas. La contratación exige generalmente la celebración de concurso en el cual concurren diversas empresas. Los municipios esperan obtener mediante el concurso, y por este orden: 1) información veraz que les ayude a elegir a la empresa más eficiente; 2) propuestas de precios y calidad del servicio que se ajusten a parámetros establecidos de bienestar del consumidor.

Los contratos relacionados con el suministro de agua son en su mayoría de larga duración. Para la muestra obtenida a través de la Encuesta sobre la Producción de Servicios Locales (2000), la duración media de los contratos en vigor en 2000 ronda los veintisiete años. La existencia de activos específicos explica en parte el porqué de esta vida media de



los contratos en el sector del agua, mucho más larga que en el sector de residuos sólidos. Dado que toda la red de depósitos, tuberías, bombas y demás son activos específicos de gran importancia, el contrato debe fijar con precisión las condiciones en que éstos son dejados en manos del siguiente contratista. De lo contrario, el actual contratista tenderá a gastar menos dinero del debido en mantener la red en buen estado. La finalización del contrato antes de que el capital específico sea totalmente amortizado crea también problemas al tener que retornar al contratista cesante una cuantiosa suma por estos activos. Por ello, se ha tendido a igualar la duración del contrato al período de amortización total de los activos, sobre todo en los casos de concesiones y de formación de empresas mixtas, porque esto disminuye sensiblemente los costes de transacción. Y este plazo de amortización oscila entre los veinte y los cincuenta años.

Como consecuencia, la firma de un contrato instauro en el municipio un monopolio de larga duración. Solamente el regulador puede contrarrestar el poder del contratista mediante la regulación de tarifas y otras condiciones. Esto genera toda una serie de problemas característicos de la regulación de monopolios: información asimétrica, captura del regulador... Finalmente, la relación que se establece entre contratista y municipio se hace tan estrecha con el paso de los años que difícilmente la empresa contratada no consigue renovar su contrato una vez este termina. A modo de ejemplo, en el caso de Francia un 96 por 100 de las concesiones y otros contratos son automáticamente renovados (DEFEUILLEY, 2000).

Por lo tanto, las empresas ya sólidamente instaladas en una región geográfica determinada son difícilmente desplazadas por otras empresas. Esa base sólida da pie a pautas de extensión a través de los municipios de la región. De esta manera, la competencia efectiva en el sector se ve continuamente mermada si existe alguna empresa que parta con ventaja en dicha región. Nuestra hipótesis en este trabajo es que para aquellos municipios que han acudido a la privatización del servicio del suministro de agua, el mercado tiende hacia una forma de monopolio regional similar a la que surgiría si todo el mercado del agua estuviera liberalizado.

Contrastamos esta hipótesis mediante la información que hemos obtenido a través de la Encuesta Sobre la Producción de Servicios Locales (2000). Para el caso del sector del agua, obtuvimos 133 respuestas, de las cuales aproximadamente un 55 por 100 correspondían a municipios que habían acudido a alguna forma de privatización del servicio. Estos municipios representan el 75 por 100 de la población de la muestra. De entre todos los municipios que habían privatizado, 64 ofrecieron información sobre la empresa que tenían contratada. Agrupamos las empresas según el grupo empresarial propietario, y de esta manera obtuvimos el cuadro que mostramos a continuación.

TABLA 3

CONCENTRACIÓN DEL SECTOR DE CONCESIONES Y OTROS CONTRATOS  
 PARA EL SUMINISTRO DE AGUA EN CATALUÑA A PARTIR DE LA ENCUESTA  
 SOBRE LA PRODUCCIÓN DE SERVICIOS LOCALES. AÑO 2000

	Contratos	Población	Consumo doméstico	Consumo industrial	Abonados domésticos	Abonados industriales
AGBAR	75,00	95,49	94,84	93,57	95,28	96,86
Prodaisa	6,25	0,13	0,18	0,10	0,16	0,07
Seragua-FCC	3,13	1,02	1,32	2,04	1,22	1,32
CASSA	3,13	0,79	0,72	0,92	0,70	0,48
ABSA	3,13	0,58	0,58	0,34	0,55	0,62
SOGESUR	1,56	0,75	0,88	0,11	0,74	0,00
Aigües Vilanova	1,56	0,36	0,28	0,27	0,33	0,33
ATCA	1,56	0,06	0,12	0,46	0,04	0,02
Aigües de Vilassar	1,56	0,52	0,61	0,12	0,63	0,13
Aigües de Catalunya	1,56	0,05	0,06	0,02	0,04	0,02
AICSA	1,56	0,24	0,42	2,06	0,30	0,14
Total muestra	64	3.241.563	166.132.498	82.675.301	1.347.434	167.517
HH	0,5708	0,9122	0,8999	0,8766	0,9083	0,9384

*Nota:* Los datos son porcentajes, excepto para los apartados "Total muestra" y "HH". En el apartado "Total muestra", los consumos son expresados en metros cúbicos.

*Fuente:* Elaboración propia.

Se observa claramente lo contundente que es la posición de dominio en el mercado privatizado catalán que ostenta el grupo AGBAR (Aguas de Barcelona). El 75 por 100 de los contratos en la muestra pertenecen a empresas del grupo, como SGAB; SOREA; Girona, S. A., y otras. Además ostenta las concesiones (y otros contratos) cuantitativamente más importantes, controlando de esta manera alrededor de un 95 por 100 de la cuota de mercado privatizado catalán en cuanto a población servida, número de abonados domésticos e industriales y consumo doméstico e industrial de agua.

Prodaisa es el principal competidor en cuanto a número de concesiones, si bien solamente con 4 contratos frente a los 48 de AGBAR. Además, estas concesiones son de escasa importancia cuantitativa, como se desprende al observar las respectivas cuotas de mercado en cuanto a población, consumo y abonados.

El segundo competidor en el mercado catalán del suministro de agua es Seragua, perteneciente al grupo FCC (Fomento de Construcciones y

Contratas), que posee una muy alta cuota de mercado en el mercado de concesiones para el tratamiento de residuos sólidos en Cataluña. Seragua posee dos de las concesiones (y otros contratos) de la muestra, aunque esta vez se trata de municipios más poblados que los de Prodaisa, de ahí que su cuota de mercado en cuanto a población, consumo y abonados supere el 1 por 100. Un dato curioso es que su cuota de mercado en cuanto a consumo industrial es el doble, el 2 por 100, al tratarse de municipios donde están asentadas grandes industrias.

El resto de competidores o bien son compañías de ámbito regional o bien apenas han conseguido implantarse en el territorio analizado. El Índice de Hirschman-Herfindhal (HH) da como resultado 0,57 en cuanto a número de contratos y alrededor del 0,90 en cuanto a población, abonados y consumos. Con estos valores, podemos hablar de una *industria con empresa dominante en cuanto a número de contratos* y de un *monopolio de facto en cuanto a población servida, abonados y consumos*.

Varios factores nos ayudan a explicar esta situación de quasi-monopolio regional. En primer lugar, hay que recordar que España es un país con tradición de contratos de servicios. En el siglo XIX, la escasez de recursos públicos de los Gobiernos locales y la ausencia de un cuerpo legislativo y regulador fuerte abrieron espacio a la inversión privada para financiar la construcción de sistemas de suministro de agua potable en ciudades tan pujantes como Barcelona<sup>8</sup>. De ahí que Barcelona y otros municipios adyacentes sean relativamente excepcionales en relación con muchos otros municipios españoles y franceses en cuanto a que la propiedad de la red de suministro es privada. La posesión de estos activos específicos actúa como un auténtico seguro para la empresa instalada. Cambiar de empresa suministradora, si ya difícil desde el punto de vista político, se convierte en financieramente imposible, al exigir la comprar de la red a la empresa, llegado el caso<sup>9</sup>.

En segundo lugar, debe observarse que el sector del agua no cumple las condiciones de DOMBERGER y JENSEN (1997) como podría hacerlo otro tipo de servicios. Ya hemos repetido que los activos específicos son de gran importancia en el sector que tratamos. La competencia por los contratos es escasa, como puede deducirse de la tabla 3. Y, finalmente, los contratos de suministro de agua son de larga duración, por lo que resulta imposible prever muchas circunstancias futuras relevantes y, por tanto, se hace necesaria una periódica renegociación de las condiciones.

<sup>8</sup> De hecho, tal es la antigüedad de la presencia de AGBAR que en estos municipios no existe formalmente una concesión o contrato hoy en día, si bien todas las partes operan como si la hubiera de facto.

<sup>9</sup> Diversas autoridades reguladoras sostienen la tesis de que hace tiempo que la propiedad de la red ha sido de hecho comprada a la empresa suministradora a través de las facturas pagadas durante más de un siglo, y que la propiedad, por tanto, corresponde a la ciudadanía y a los ayuntamientos en su representación. Esta tesis, sin embargo, choca con la fortaleza del mero derecho a la propiedad privada. De ahí, quizás, que las autoridades no hayan planteado ningún litigio al respecto.

El panorama que se dibuja para la competencia en el sector del suministro de agua potable en España no es muy positivo. Hemos puesto como ejemplo la existencia de un monopolio regional de facto en Cataluña. Cabe decir que el mismo grupo empresarial domina aproximadamente el 55 por 100 de la población servida en la totalidad del país. Parecería que el principal competidor de la empresa dominante es el propio sector público, con ejemplos como la empresa pública que gestiona el ciclo completo en la Comunidad de Madrid.

Para concluir, quisiéramos hacer hincapié sobre el siguiente punto. Si existe una tendencia natural hacia la agregación de entes suministradores a escala regional, posiblemente ha llegado la hora de replantearse el papel de los municipios en la regulación de diversos ámbitos del ciclo del agua. Esto es así porque los municipios, especialmente los pequeños, se encuentran en desventaja, sobre todo en cuanto a información relacionada con el servicio de aguas, respecto a las grandes empresas que dominan el mercado de contratos.

### 3. CONCLUSIÓN: PROMESAS Y REALIDADES DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS LOCALES

En este trabajo hemos analizado la situación de la competencia en el sector de la contratación de servicios locales. Hemos explotado una base de datos obtenida a través de la Encuesta sobre la Producción de Servicios Locales, diseñada por el grupo de investigación Políticas Públicas y Regulación Económica, de la Universidad de Barcelona. Gracias a los datos extraídos, hemos podido trabajar con las cuotas de mercado de las empresas que operaban en el año 2000 en estos sectores en Cataluña.

Podemos concluir que, aun cuando la competencia es generalmente deseable para la consecución de unas mejores condiciones de los servicios para el ciudadano, esta competencia no siempre es fácil. Dependerá de la naturaleza y de la historia de cada tipo de servicio si es posible o no un fomento efectivo de la competencia.

El nivel de concentración en el sector de los contratos de concesión y similares es lo suficientemente elevado como para poder hablar de un bajo nivel de competencia en todo tipo de servicios. En algunos, como el de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, el nivel es de competencia monopolística en cuanto a número de concesiones y de oligopolio en cuanto a volumen de residuos gestionado. En otros, como el suministro de agua potable a hogares e industrias, el nivel es de mercado con empresa dominante en cuanto a número de contratos y de monopolio de facto en cuanto a volumen de agua suministrada.

De esta comparación deducimos que para algunos sectores donde la competencia no es demasiado baja puede albergarse esperanza en las políticas de defensa y promoción de la competencia. Por ejemplo, en

el sector de tratamiento de residuos la vigilancia de los Tribunales (tanto el estatal como los autonómicos) de defensa de la competencia puede jugar un papel dinamizador de la competencia y sancionador de las prácticas restrictivas de la misma.

Por otro lado, existen sectores donde es tal el nivel de dominio de mercado que poca competencia puede llegar a hacer frente a la empresa dominante. Es el caso del servicio de suministro municipal de agua corriente. Debido a las propias características del sector, se ha producido una progresiva expansión de una única empresa en detrimento de posibles competidoras. Es posible que ésta sea una tendencia con alguna explicación de tipo natural. De hecho, bien podría ser que la existencia de grandes economías de escala en la gestión del ciclo del agua convierta a éste en un monopolio natural de extensión regional, que guarda relación con la cuenca hidrográfica. Ésta es una de las razones por las que se recomienda la división de las administraciones reguladoras del agua precisamente en cuencas. En todo caso, ante la presencia de características acusadas de monopolio natural debe ponerse énfasis en la regulación del monopolio.

Con carácter general, una buena defensa de la competencia en el sector de los contratos municipales pasa por la observación de los procesos de concurso. Dado que una empresa ya instalada en un municipio difícilmente será expulsada por otra en concursos venideros, es importante al menos que esta primera empresa haya llegado a conseguir el contrato mediante un proceso ampliamente competitivo. Adicionalmente, la existencia de economías de sucursal propicia ventajas en aquellas empresas previamente instaladas en una determinada zona sobre las que no lo están, cuestión que recalca de nuevo la importancia de un seguimiento continuo de la competencia efectiva por los contratos. Finalmente, en determinados servicios el propio sector público puede convertirse en el principal competidor de la empresa dominante, dando lugar a interesantes experimentos relacionados con medidas de mejora de eficiencia alternativas a la privatización. Tal es el caso de las empresas de Derecho privado y capital 100 por 100 público.

## BIBLIOGRAFÍA

- BEL, G. (2003), *Una exploración completa de los costes del servicio de residuos sólidos*, Colección de Documentos de Trabajo de Economía, E03/107, Barcelona, Universtat de Barcelona (<http://www.ub.es/div2/recerca/documents/papers/107.pdf>).
- BESANKO, D.; DRANOVE, D., y SHAULEY, M. (2000), *The Economics of Strategy*, New York, John Wiley & Sons.
- BOSCH, N.; PEDRAJA, F., y SUÁREZ-PANDIELLO, J. (2000), «Measuring the efficiency of Spanish municipal refuse collections services», *Local Government Studies*, núm. 26 (3), pp. 71-90.
- BUESA, M., y MOLERO, J. (1998), *Economía Industrial de España*, Madrid, Civitas.

- CHADWICK, E. (1859), «Results of different principles of legislation in Europe: of competition for the field as compared with competition within the field», *Journal of the Royal Society*, series A22, pp. 381-420.
- DEFEUILLEY, C. (2000), «Délégation de service public et théories des contrats», *Économies et Sociétés*, núm. 34 (6), pp. 171-192.
- DEMSETZ, H. (1968), «Why regulate utilities?», *Journal of Law and Economics*, núm. 11 (1), pp. 55-65.
- DOMBERGER, S., y JENSEN, P. (1997), «Contracting out by the public sector: theory, evidence, prospects», *Oxford Review of Economic Policy*, núm. 13 (4), pp. 67-78.
- HODGE, G. A. (2000), *Privatization: An International Review of Performance*, Boulder, CO, Westview Press.
- REIMER, S. (1999), «Contract Service Firms in Local Authorities: Evolving Geographies of Activity», *Regional Studies*, núm. 33 (2), pp. 121-130.
- RENZETTI, S., y DUPONT, D. (2003), *The relationship between the ownership and performance of municipal water utilities*, Mimeo, Brock University.
- SCLAR, E. (1997), *The privatisation of public service: Lessons from case studies*, Washington DC, Economic Policy Institute.
- SCLAR, E. (2000), *You don't always get what you pay for: The economics of privatization*, London, Cornell University Press.

## APÉNDICE

## 1. TABLA A-1

ESTRUCTURA DE LA TITULARIDAD DE LAS CONCESIONES  
(SIN EL MUNICIPIO DE BARCELONA)

Concesiones por empresa	Titular	Número total concesiones (%)	Cuota de concesiones (%)	Residuos generados (Tn)	Media de residuos por concesión (Tn)	Cuota en el total de residuos (%)
44	FCC	44	29,14	692.570,72	15.740,24	45,31
17	CESPA	17	11,26	183.450,53	10.791,21	12,00
8	Vicenç Orts	8	5,30	52.025,43	6.503,18	3,40
7	BF-Iacsa	7	4,64	65.779,01	9.397,00	4,30
3	Urbaser	3	1,99	13.406,7	4.468,90	0,88
4	Ferran Vila	4	2,65	13.538,30	3.384,58	0,89
3	3 empresas	9	5,96	42.729,86	4.747,76	2,26
2	10 empresas	20	13,25	153.160,03	7.658,00	10,02
1	39 empresas	39	25,83	311.766,46	7.994,01	20,40
		151	100,00	1.528.427,04	10.122,03	100,00

Fuente: Elaboración propia.

## 2. DEFINICIÓN TÉCNICA DE LOS ÍNDICES DE CONCENTRACIÓN EMPELADOS

- **El ratio de concentración.** Se define como el porcentaje acumulado por las  $k$ -ésimas empresas:  $RC = \sum_{i=1}^k (X_i/X) = \sum_{i=1}^k Q_i$ , donde  $X_i$  es el tamaño de la  $i$ -ésima empresa,  $X$  es el tamaño total del mercado, y  $Q_i$  es la cuota de mercado de la  $i$ -ésima empresa. Este ratio puede tomarse para la empresa líder en el sector (CR1), o puede tomarse como "ratio marginal de concentración", combinando un número determinado de empresas. En este último caso, el número más habitualmente empleado en la literatura es el de las cuatro empresas líderes (CR4).
- **El Índice de Hirschman-Herfindahl (HH).** Se define como la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de las empresas del sector:  $HH = \sum_{i=1}^n (Q_i)^2$ , donde  $Q_i$  es la cuota de mercado de la  $i$ -ésima empresa y  $n$  es el total de las empresas del sector. Es un índice de uso muy general, y su ventaja respecto a los ratios de concentración es que recoge tanto el número de empresas como la desigualdad entre ellas, puesto que las empresas muy grandes ponderan proporcionalmente más y las muy pequeñas ponderan proporcionalmente menos.





# EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS CONEXOS: EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Jaime FOLGUERA CRESPO  
Alfonso GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ  
Abogados. Uría & Menéndez

## 1. INTRODUCCIÓN

La noción jurídica de abuso en (o desde) mercados conexos hace referencia a una situación económica —no infrecuente en la práctica— caracterizada por la existencia de una empresa que ostenta una posición dominante sobre un mercado relevante determinado y que pretende proyectar o extender su poder de mercado sobre un mercado relevante distinto pero próximo o vecino (*i. e.*, conexo) al dominado.

El abuso en mercados conexos constituye una noción genérica que puede revestir diversas formas o modalidades específicas, de las cuales la más típica y conocida es la venta vinculada o condicionada de bienes y servicios distintos, expresamente proscrita en el art. 6.2.e) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). En este supuesto, la empresa trataría de extender al mercado vecino su poder en el dominado mediante la venta conjunta de ambos bienes o servicios, utilizando así el producto dominado como “palanca” competitiva a efectos de mejorar su posición comercial en el segundo mercado. Sin embargo, la práctica *antitrust* revela otras modalidades distintas, tal y como se verá a continuación.

El abuso en mercados conexos suele participar simultáneamente de la doble tipología —de explotación y de exclusión— tradicionalmente aplicada a las prácticas abusivas. Se consideran abusos de explotación aquellos que van directamente encaminados a capturar rentas monopolísticas en detrimento de los compradores (o, en su caso, de los proveedores), tales como la imposición de precios excesivos, la limitación injustificada de la producción o la ralentización del proceso de innovación tecnológica por parte de la empresa dominante. Por su parte, se consideran abusos de exclusión los que se dirigen directamente a dañar o incluso expulsar

a competidores actuales o potenciales, tales como la aplicación de precios predatorios o discriminatorios o el cierre de mercado mediante la vinculación exclusiva de clientes a largo plazo.

El abuso en mercados conexos, sin embargo, suele presentar una naturaleza híbrida y contener elementos de explotación y de exclusión. Así, por ejemplo, las ventas vinculadas dañan simultáneamente a compradores y competidores, pues fuerzan a los primeros a adquirir productos que pueden no desear (*i. e.*, los pertenecientes al mercado conexo) mientras que limitan la capacidad de los segundos para comercializar sus bienes y servicios en el mercado vecino. Análogamente, la ejecución de represalias comerciales en el mercado dominado contra los clientes que contratan en el mercado vecino con un competidor de la empresa dominante presentan naturaleza bifronte, pues dañan por igual a clientes y competidores en el mercado conexo. Por el contrario, la negativa a suministrar un insumo esencial a una empresa que lo utilizará para competir con la empresa dominante en un mercado descendente tiene carácter sustancialmente de exclusión, y sólo indirectamente de explotación, al privar a los consumidores de una fuente alternativa de suministro en el mercado vecino.

En el presente artículo se recordarán sucintamente las líneas básicas de la jurisprudencia comunitaria en relación con el abuso en mercados conexos, para posteriormente analizar en más detalle la doctrina de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) al respecto, deteniéndose en algunas Resoluciones recientes de interés.

## 2. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Según jurisprudencia comunitaria reiterada, el abuso prohibido por el art. 82 del Tratado CE debe tener un determinado vínculo con el mercado donde la empresa que comete la conducta abusiva ostenta su posición de dominio, esto es, una cierta conexión entre posición de dominio y abuso. Sin embargo, dicho vínculo no ha de ser necesariamente inmediato, de manera que bien el abuso, bien su efecto anticompetitivo pueden tener lugar en mercados vecinos al de dominio pero distintos de éste. En este sentido, cabe distinguir los siguientes modelos según la naturaleza del vínculo entre dominio, abuso y efectos:

### A. VÍNCULO INMEDIATO (COINCIDENCIA EN EL MISMO MERCADO RELEVANTE)

Constituye el modelo más sencillo y consiste en la coincidencia en el mismo mercado relevante de la posición de dominio, del abuso y de los efectos anticompetitivos de dicho abuso. Éste sería, por ejemplo, el caso de una empresa dominante en el mercado del producto A que aplica precios considerados como excesivamente elevados a sus clientes o que

aplica precios predatorios con objeto de dificultar o impedir la actividad de sus competidores en el mercado del producto A. Este modelo no se refiere por hipótesis al escenario de mercados vecinos o conexos.

## B. VÍNCULO NO INMEDIATO (DISTINCIÓN ENTRE MERCADO DE DOMINIO Y MERCADOS VECINOS O CONEXOS)

Se trata del modelo de interés a los efectos del presente artículo, por cuanto que todas sus variantes parten de la distinción entre un mercado en el que una empresa ostenta una posición dominante (el mercado dominado) y un mercado vecino o conexo en el que la empresa puede no ser dominante, pero en el cual la empresa se comporta abusivamente y/o en el que se despliegan restricciones de la competencia procedentes de la conducta comercial de tal empresa. Dentro de este modelo general, pueden distinguirse a su vez las siguientes variantes:

### a) *Efectos restrictivos en el mercado vecino*

Una primera variante es cuando el abuso se produce en el mercado dominado pero sus efectos tienen lugar en el mercado vecino, en el que la empresa puede no ser dominante. Así, por ejemplo, una empresa que domina el mercado del producto A (utilizado como insumo necesario para fabricar un segundo producto B) niega su suministro a los productores de B para proteger las actividades de una filial que también fabrica el producto B y que compite directamente con los operadores a los que se niega el suministro de A<sup>1</sup>. En este caso, el dominio y el abuso (*i. e.*, negativa a suministrar el producto A) tienen lugar en un mismo mercado relevante (el del producto A), pero sus efectos restrictivos ocurren en el mercado vecino (el del producto B), por cuanto que se dificulta o impide la actividad de competidores en dicho mercado<sup>2</sup>. Éste es igualmente el modelo aplicable cuando la empresa en causa deniega el acceso a terceros a una infraestructura o activo que aquélla controla y que resulta esencial para que tales terceros operen en un mercado determinado, en posible competencia con la empresa titular de la infraestructura o activo o con las filiales de aquélla<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ver SSTICE en los asuntos 6 y 7/73, *Commercial Solvents vs. Comisión* (Rec., 1974, p. 223), y 311/84, *Télémarketing* (Rec., 1985, p. 3261).

<sup>2</sup> Conceptualmente, se produciría la misma situación si en lugar de una negativa de venta del producto A a los competidores de la filial se produce una discriminación de aquéllos respecto de ésta, por ejemplo, ofreciéndoles el producto en condiciones menos favorables (*i. e.*, en precio, rapidez de entrega, etc.) que las aplicadas a la filial.

<sup>3</sup> Este tipo de situaciones se conocen habitualmente como la negativa de acceso a recursos esenciales (*essential facilities*), que como se ve no es sino una modalidad específica y extrema del abuso en mercados conexos.

## b) *Abuso en el mercado vecino*

Una segunda variante del modelo anterior es cuando la conducta abusiva tiene lugar en el mercado vecino, pero sus efectos se despliegan en el mercado dominado, reforzando así la posición dominante de la empresa en cuestión. Éste sería el caso de una empresa que actúa en el mercado B (donde puede no ser dominante) y ofrece mejores condiciones de suministro a clientes que también lo sean del producto A (en cuyo mercado sí es dominante), penalizando, por tanto, a aquellos que contraten con competidores de la empresa dominante en el mercado del producto A<sup>4</sup>. Este tipo de conducta supone tanto una discriminación entre clientes en el mercado vecino como un efecto de exclusión en el mercado dominado, pues dificulta la actividad comercial de competidores en dicho mercado.

Una situación similar sería el ofrecimiento de precios injustificadamente reducidos (predatorios) en el producto B a los clientes de competidores de la empresa dominante en el mercado del producto A, con el objeto de captar dichos clientes y así excluir a los competidores en el mercado dominado<sup>5</sup>.

En estos supuestos, el abuso tiene lugar en un mercado distinto del dominado (el del producto B), pero sus efectos se producen en el mercado dominado, por cuanto que el comportamiento tiene como objetivo o resultado fortalecer la posición de dominio en el mercado del producto A y dificultar la actividad de los competidores de la empresa en dicho mercado.

Conviene hacer notar que la práctica ofrece también ejemplos de modelos mixtos entre *a)* y *b)*, donde el efecto anticompetitivo del abuso puede hacerse notar tanto en el mercado dominado como en el no dominado. Un ejemplo clásico es el de las ventas vinculadas o subordinadas de productos dominados y no dominados, donde una empresa con posición de dominio en el mercado del producto A hace condicional su venta a que sus clientes adquieran también de la misma empresa (o de una filial) el producto B, en cuyo mercado puede no tener una posición de dominio<sup>6</sup>. El abuso tiene lugar en el mercado dominado del producto A (por cuanto que la empresa impone restricciones al suministro de tal producto), pero sus efectos anticompetitivos se despliegan tanto en dicho mercado del producto A (ya que los clientes ven dificultado el libre acceso al producto A: abuso de explotación) como en el mercado del producto B (los suministradores de B y competidores de la empresa en dicho mer-

<sup>4</sup> Ver STPI en el asunto T-65/89, *BPB Industries y British Gypsum vs. Comisión* (Rec., 1993, p. II-389).

<sup>5</sup> Ver STJCE en el asunto C-62/82, *AKZO vs. Comisión* (Rec., 1991, p. I-3359).

<sup>6</sup> Ver SSTPI en los asuntos T-30/89, *Hilti vs. Comisión* (Rec., 1991, p. II-1439), y T-83/91, *Tetra Pak vs. Comisión* (Tetra Pak II) (Rec., 1994, p. II-755), confirmado este último en apelación por STJCE en asunto C-33/94P (Rec., 1996, p. I-5951).

cado experimentan dificultades para competir: abuso de exclusión)<sup>7</sup>. La empresa dominante utiliza, pues, su posición en el mercado dominado para captar clientes en el mercado vecino no dominado, extendiendo o deslizando su dominio de un mercado a otro.

### c) *Abuso y efectos restrictivos en el mercado vecino*

Existe una última variante donde el vínculo entre dominio, abuso y efecto puede ser aún más indirecto o difuso, en el sentido de que tanto abuso como efecto anticompetitivo se producen en un mercado distinto del dominado<sup>8</sup>. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que esta situación sólo puede dar lugar a una infracción de las normas de competencia en circunstancias muy excepcionales, dado que es necesario que exista una conexión o vinculación estructural estrecha y directa entre el mercado dominado y el no dominado (donde la conducta presuntamente abusiva y sus efectos tienen lugar)<sup>9</sup>.

## 3. LA DOCTRINA DEL TDC

En varias de sus Resoluciones, el TDC se ha ocupado de la aplicación del art. 6 LDC en un contexto de mercados conexos. Como se verá seguidamente, en la mayoría de las ocasiones se ha seguido el patrón tradicional comunitario, constatándose primero la existencia de dominancia en un determinado mercado y verificándose después la realización de una conducta abusiva y/o la emergencia de efectos restrictivos en el mercado vecino. Sin embargo, en otros casos el TDC ha seguido una interpretación novedosa de la doctrina de los mercados conexos, aplicándola no a la comprobación del elemento abusivo, sino a la propia declaración de dominancia en el mercado conexo.

En cuanto a los casos en que el TDC ha seguido la jurisprudencia comunitaria tradicional, pueden citarse los que siguen:

### A. RTDC FUNERARIAS MADRID 3<sup>10</sup>

En este asunto, una empresa que ostentaba una posición monopolista en el mercado de prestación de servicios de cementerio actuaba igualmente en el mercado conexo y recientemente liberalizado de la prestación

<sup>7</sup> Otra posible modalidad de abuso dentro de este mismo modelo y con un efecto económico similar sería ofrecer mejores condiciones en el suministro del producto A a aquellos clientes que adquieran también el producto B (y peores condiciones a los que únicamente adquieran el producto dominado).

<sup>8</sup> Ver STPI y STJCE en asunto *Tetra Pak II*, *op. cit.*

<sup>9</sup> STJCE en asunto C-33/94P, *Tetra Pak vs. Comisión*, *op. cit.*

<sup>10</sup> RTDC de 9 de octubre de 2001, Exp. 502/00.

de servicios funerarios, en la que competía con otros operadores. El TDC resolvió que la empresa dominante había infringido el art. 6 LDC, pues aplicaba condiciones comerciales distintas a sus clientes en el mercado dominado, en función de si habían contratado o no sus servicios en el mercado conexo; en concreto, los clientes que habían acudido a un competidor en el mercado vecino de los servicios funerarios obtenían un trato comercial más desfavorable a la hora de contratar del monopolista el servicio del mercado dominado.

Como puede observarse, el abuso de posición dominante objeto de este caso revestía la forma de prácticas comerciales discriminatorias prohibidas por el art. 6.2.e) LDC. Dicho abuso tenía lugar en el mercado dominado (pues las condiciones discriminatorias se imponían a la hora de contratar los servicios de cementerio), pero sus efectos se desplegaban tanto en dicho mercado (dado que se imponían indebidamente trabas a ciertos clientes que deseaban acceder al servicio dominado) como en el mercado vecino (pues tales trabas no eran sino una represalia a los clientes que habían contratado con los competidores, erosionando la posición de éstos en el mercado de los servicios funerarios mediante la disuasión *ex post* a sus clientes). Se trata, por tanto, de un ejemplo de modelo mixto entre las variantes a) y b), mencionado más arriba.

#### B. RTDC TUBOGAS/REPSOL <sup>11</sup>

En este caso, la empresa en causa ostentaba una posición dominante en el mercado del suministro de gases licuados del petróleo. La empresa no operaba como tal en el mercado conexo y descendente de la prestación de servicios de revisiones periódicas de instalaciones, sino que lo hacía un conjunto de franquiciados de la empresa dominante (denominado “servicio oficial”), que competían con terceras empresas independientes. En cuanto suministrador de gas, la empresa dominante obtenía de sus clientes determinada información relativa a las necesidades de revisión periódica de aparatos, que facilitaba únicamente a su “servicio oficial” y no a los competidores independientes.

El TDC, citando explícitamente varios precedentes comunitarios en materia de mercados conexos <sup>12</sup>, resolvió que la empresa investigada había infringido el art. 6 LDC, pues había denegado a los competidores de sus franquiciados el acceso a información esencial para poder competir en el mercado vecino de la prestación de servicios de revisión. La Resolución aclara expresamente que el supuesto enjuiciado consistía en la denegación injustificada de acceso a recursos o instalaciones esenciales —en este caso la información obtenida de los clientes en el mercado del suministro del gas, necesaria para competir en el mercado vecino de las revisiones—,

<sup>11</sup> RTDC de 7 de marzo de 2002, Exp. 513/01.

<sup>12</sup> FD 9.º

cuyo carácter abusivo había sido reiteradamente declarado en Derecho comunitario.

Así pues, el abuso considerado en Tubogas/Repsol tiene lugar en el mercado dominado (pues consiste en la denegación del acceso a una información obtenida como consecuencia del suministro del gas), pero despliega sus efectos en el mercado vecino de las inspecciones, pues confiere una ventaja competitiva sustancial a las empresas franquiciadas del operador dominante<sup>13</sup>.

### C. RTDC IASIST/3M<sup>14</sup>

Esta Resolución analizó la actuación de una empresa que ostentaba una posición de dominio en el mercado de los llamados “agrupadores hospitalarios” (sistemas complejos sobre una aplicación informática cuyo objeto es agrupar y clasificar a los pacientes de un hospital con arreglo a los rasgos de su patología). Los agrupadores son un componente imprescindible de los llamados “analizadores”, consistentes en programas informáticos de gestión hospitalaria que se alimentan de los datos suministrados por los agrupadores. La empresa en causa comercializaba un producto complejo que incorporaba ambos sistemas (*i. e.*, agrupador y analizador), aunque también suministraba separadamente sus agrupadores a terceras empresas que comercializaban analizadores y que combinaban éstos con los agrupadores. Estas terceras empresas dependían del suministro del agrupador para poder competir en el mercado descendente y conexo de la venta de analizadores combinados con agrupadores.

La empresa dominante en el mercado de los agrupadores interrumpió sus relaciones comerciales con uno de los terceros que comercializaba analizadores, nombrando a otro agente comercial para la distribución de sus productos. A partir de ese momento, la empresa investigada puso diferentes trabas al suministro del producto dominado, limitando las posibilidades de la denunciante a la hora de competir en el suministro a hospitales de analizadores combinados con agrupadores. En este mercado, la empresa dominante competía (a través de su nuevo agente) con la entidad denunciante.

El TDC invocó expresamente la doctrina de los mercados conexos, indicando que si bien el agrupador de la empresa dominante no era estrictamente imprescindible para que la denunciada pudiera competir en el mercado descendente (pues existían otros agrupadores en el mercado), la actuación de la empresa investigada en el mercado del suministro de

<sup>13</sup> Se trata, por tanto, de la variante (a) del modelo (i), descrito *supra*. Resulta de interés que el TDC rechazara el argumento de la empresa dominante según el cual ésta no actuaba (ni directamente ni a través de empresas filiales) en el mercado vecino, pues quienes operaban en aquél eran terceras empresas con las que había suscrito un contrato de franquicia.

<sup>14</sup> RTDC de 5 de abril de 2002, Exp. 517/01.

los agrupadores tenía una influencia importante en el mercado descendente, habida cuenta de la estrecha conexión funcional entre ambos. En otros términos, las prácticas restrictivas o excluyentes realizadas en el mercado de los agrupadores distorsionaban las condiciones de competencia en el mercado vecino de los analizadores combinados con agrupadores, lo que resultaba suficiente para declarar la existencia de un abuso de posición dominante.

Se trata, por tanto, del mismo modelo de abuso considerado en Tubogas/Repsol [*i. e.*, variante *a) supra*], pues la conducta abusiva tiene lugar en el mercado dominado (*i. e.*, limitación injustificada de las condiciones de suministro en el mercado de los agrupadores), pero despliega sus efectos en el mercado vecino de los analizadores, al distorsionar las condiciones de competencia en el mismo y discriminar a un competidor en beneficio de las propias actividades aguas debajo —a través de su nuevo agente— del operador dominante <sup>15</sup>.

#### D. RTDC McLANE/TABACALERA <sup>16</sup>

Los hechos de este asunto son sencillos. Tabacalera, a la que se consideró dominante en el mercado de la fabricación de labores de tabaco, se negó a suministrar los productos por ella fabricados a McLane, un competidor de Tabacalera en el mercado descendente de la distribución mayorista de labores de tabaco. Tabacalera denegó el suministro aduciendo que tenía su propia red de distribución y que no necesitaba nuevos distribuidores.

El TDC invocó de nuevo de forma explícita la doctrina de los mercados conexos para concluir que *«una empresa dominante de un mercado primario (el de fabricación, en el presente caso) que se niega a suministrar mercancías o servicios en un mercado secundario (el de distribución mayorista en este expediente) con la finalidad de reservárselo, explota su posición dominante de manera abusiva»* y que *«la doctrina de que constituye un abuso de posición dominante el negar algo necesario, cualquiera de esto sea, a un competidor en un mercado conexo, cuando se dispone en el primero de posición de dominio, goza de amplísimo respaldo jurisprudencial»* (FD 25.º).

Como peculiaridad de esta Resolución, procede señalar que el TDC se preocupó de declarar la posición dominante de Tabacalera en ambos mercados (fabricación y distribución mayorista) <sup>17</sup>, a pesar de que, como se ha dicho, la doctrina de los mercados conexos sólo requiere probar la dominancia en uno de ellos.

<sup>15</sup> De hecho, el TDC cita expresamente *Tubogas/Repsol* para fundamentar su razonamiento (FD 4.º), si bien no entendió (como en el precedente citado) que se tratara de un supuesto de acceso a recursos esenciales.

<sup>16</sup> RTDC de 24 de abril de 2002, Exp. 486/00.

<sup>17</sup> FD 22.º



### E. RTDC INTERNAUTAS/TELEFÓNICA<sup>18</sup>

En esta Resolución se analizó la conducta del grupo Telefónica en relación con el acceso por sus competidores al bucle local del abonado de la propia red básica de Telefónica, a efectos de que aquéllos pudieran prestar servicios ADSL de acceso a Internet. Los mercados considerados relevantes por el TDC eran el de la propia red de telefonía fija (sobre el cual Telefónica de España ostentaba una posición dominante) y el de la prestación de servicios ADSL de acceso a Internet (en el que el grupo Telefónica operaba a través de su filial Telefónica Data).

Las conductas analizadas se referían a las condiciones de acceso al bucle local que había aplicado Telefónica de España a Telefónica Data y los competidores de ésta. Según se desprende de la Resolución comentada, el grupo Telefónica concedió una ventaja temporal a su filial, dándole acceso al bucle local antes que al resto de sus competidores.

El TDC aplicó —aunque sin citarla expresamente— la doctrina Tubogas/Repsol y concluyó que la empresa en causa había cometido un abuso de discriminación en el mercado dominado (la red básica de telefonía, que se consideró un recurso esencial) cuyos efectos de produjeron en el mercado conexo de la prestación de servicios ADSL de acceso a Internet<sup>19</sup>.

### F. RTDC EMPRESAS ELECTRICIDAD<sup>20</sup>

En este asunto se analizó la conducta de Iberdrola, empresa en posición dominante en el mercado de la distribución de electricidad en la ciudad de Albacete, en relación con el mercado conexo de la prestación de servicios de reparación de averías de las instalaciones particulares de los clientes. En concreto, Iberdrola celebró un acuerdo con seis empresas instaladoras independientes por el cual Iberdrola recomendaría a sus clientes alguna de las empresas instaladoras, según un turno rotatorio establecido al efecto.

El TDC consideró que la cuestión correspondía a un modelo típico de mercados conexos, por cuanto que la empresa investigada ostentaba una posición dominante en el mercado ascendente de la distribución de electricidad pero los eventuales efectos anticompetitivos se producirían en el mercado descendente y estrechamente vinculado de la prestación de servicios de reparación de averías en instalaciones eléctricas domésticas<sup>21</sup>. La siguiente cuestión era determinar si la conducta en causa (*i. e.*,

<sup>18</sup> RTDC de 29 de abril de 2002, Exp. 518/01.

<sup>19</sup> Se trataba una vez de la misma variante (a) del modelo (i) descrito *supra*, consistente en la aplicación de condiciones discriminatorias en el mercado dominado cuyos efectos de despliegan en el mercado conexo.

<sup>20</sup> RTDC de 5 de marzo de 2003, Exp. 533/02.

<sup>21</sup> FD 3.º

la recomendación por Iberdrola a sus clientes de seis empresas concretas y el establecimiento de un turno rotatorio entre ellas) constituía un abuso de posición dominante.

El Pliego de Concreción de Hechos del Servicio concluía la existencia de abuso, basándose en la línea doctrinal tradicional del TDC en supuestos similares. En efecto, el Servicio entendió que la posición dominante de Iberdrola en el mercado ascendente y la información privilegiada de la que disponía en relación con los clientes que sufrían averías en sus domicilios hacían que su recomendación de instaladores concretos (y la transmisión a éstos de dicha información privilegiada) desplegara un efecto distorsionador y excluyente en el mercado conexo de las reparaciones de averías en instalaciones domésticas a favor de los instaladores recomendados y en detrimento de sus competidores, que veían seriamente limitadas su posibilidades de acceso al mercado vecino.

No obstante, el TDC entendió que la conducta de Iberdrola no constituía una conducta abusiva, por cuanto que no se daban las “*circunstancias muy particulares*” que podían justificar la aplicación de la doctrina del abuso en mercados conexos<sup>22</sup>. Aunque el razonamiento no es del todo diáfano, parece que el TDC desestimó la existencia de abuso sobre la base de que el acuerdo de Iberdrola con los instaladores recomendados se refería fundamentalmente a la reparación de averías que eran de cuenta de Iberdrola y no del cliente, de manera que para estas últimas Iberdrola no ofrecía al usuario la posibilidad de contratar el servicio, sino que se limitaba a informarle de la existencia de un instalador, siendo el usuario libre para contactarle o para llamar a otro instalador competidor<sup>23</sup>.

#### G. RTDC FARMACÉUTICOS FORMULISTAS<sup>24</sup>

En esta Resolución el TDC revocó un acuerdo de archivo adoptado por el Servicio en relación con la supuesta negativa de suministro por parte de un determinado laboratorio a las farmacias de un principio activo necesario para elaborar ciertas especialidades farmacéuticas. El TDC entendió que procedía continuar la investigación por cuanto que las prác-

<sup>22</sup> La mención de las «circunstancias muy particulares» en *Empresas Electricidad* parece referirse al asunto *Tetra Pak II*, ya citado. En este asunto, la referencia a las «circunstancias muy excepcionales» del Tribunal de Primera Instancia y del propio Tribunal de Justicia se enmarcaban en el contexto del modelo más difuso e indirecto de abuso en mercados conexos, en que tanto la práctica abusiva como los efectos restrictivos tienen lugar en el mercado vecino y no en el dominado [variante (c) *supra*], razón por la cual se dijo en las Sentencias comunitarias que la infracción del art. 82 del Tratado CE sólo procedía en circunstancias muy específicas (*i. e.*, la muy estrecha relación económica entre mercado dominado y vecino). El modelo analizado por el TDC en *Empresas Electricidad* parece ser igualmente difuso, pues no consta que Iberdrola realizara conducta alguna en el mercado ascendente y dominado de la distribución de electricidad ni que se desplegara efecto restrictivo alguno en dicho mercado.

<sup>23</sup> Nótese, no obstante, que la Resolución cuenta con dos Votos Particulares disidentes que propugnan la existencia de abuso.

<sup>24</sup> RTDC de 22 de mayo de 2003, Exp. R. 551/02.

ticas denunciadas eran muy similares a los hechos de la Sentencia Comercial Solvents del Tribunal de Justicia, consistentes en la negativa de un fabricante de determinados medicamentos y de una materia prima indispensable para elaborar éstos a suministrar dicha materia prima a otro fabricante de medicamentos competidores<sup>25</sup>.

Procede ahora referirse a las Resoluciones en las que el TDC ha seguido una aplicación más novedosa de la doctrina de los mercados conexos, refiriéndola no a la declaración de abuso, sino al establecimiento de posición dominante en el mercado vecino. Se trata de las Resoluciones Gas Natural Castilla y León, Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural.

#### H. RTDC GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN<sup>26</sup>

En este asunto, una empresa considerada dominante en los mercados del suministro de gas natural e inspección de instalaciones de gas en la ciudad de León no actuaba en el mercado conexo de la colocación de instalaciones externas de gas en los domicilios, en el que operaban empresas instaladoras independientes de la empresa dominante. No obstante, ésta seleccionaba a algunas de ellas como “empresas colaboradoras”, a las que imponía una serie de requisitos (tales como la observancia de un precio para la prestación del servicio de colocación de instalaciones y de un reparto zonal entre los instaladores) y que recomendaba a los clientes finales (*i. e.*, comunidades de propietarios) mediante las oportunas cartas de presentación.

El TDC invocó la doctrina de los mercados conexos en los términos siguientes:

*«El análisis de una posible infracción exige establecer si Gas Castilla ostenta posición de dominio en el mercado relevante. Este aspecto fue ya tratado por el Tribunal en su Resolución de 14 de enero de 1999 (Expte. R 302/98) en la que se puso de relieve que, aun cuando resulta evidente que Gas Natural no ostenta posición de dominio en el mercado de la colocación de las instalaciones externas de gas en las viviendas de León, sí ostenta una posición dominante en otros mercados muy relacionados, como son el de la distribución de gas natural y el de la inspección de las mencionadas instalaciones. El Tribunal acudió, pues, a la doctrina de los mercados conexos, que pone de relieve cómo la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados; no se trata, en consecuencia, en contra de lo que afirma Gas Castilla, de una extensión analógica del concepto, en el sentido jurídico que la Real Academia de la Lengua Española atribuye al término —método por el que una regla de ley o de derecho se extiende a campos no comprendidos en ella—, sino una interpretación económica del hecho de que la posición de dominio que ostenta una empresa en un mercado puede traducirse en un dominio de otro en el que la presencia de esa empresa es, cuantitativa o cualitati-*

<sup>25</sup> FD 7.º

<sup>26</sup> RTDC de 5 de enero de 2001, Exp. 482/00.

vamente, diferente. Existe, pues, un auténtico dominio en el segundo mercado, y *no una interpretación analógica de la Ley, en el sentido de que la figura jurídica de abuso de posición de dominio se aplique a situaciones en las que no existe tal posición de dominio. En este sentido debe mencionarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, de 14 de noviembre de 1996, al Asunto C-333/94 P Tetra Pak Internacional contra Comisión (...)*» (FD 4.º, subrayado añadido).

El TDC concluyó que el reparto geográfico zonal entre empresas colaboradoras constituía una práctica contraria al art. 6 LDC.

La lectura de los párrafos transcritos indica con claridad que el TDC aplicó la doctrina del abuso en mercados conexos no en sede de constatación del abuso, sino de la declaración de dominancia en el mercado vecino, mediante una proyección automática de la posición dominante desde el mercado ascendente al mercado descendente o conexo <sup>27</sup>.

Por otro lado, no se oculta que el supuesto de hecho analizado resulta muy similar al de la Resolución Empresas Electricidad, si bien el razonamiento jurídico fue muy diferente, puesto que, como ya se ha visto, en este último caso: *a)* el TDC aplicó la doctrina de los mercados conexos a la verificación de abuso y no a la declaración de dominancia en el mercado vecino; *b)* el TDC concluyó que la recomendación de empresas instaladoras “colaboradoras” y asignación de un reparto de turnos entre ellas no constituía una práctica abusiva por no darse las «circunstancias excepcionales» exigidas por el Tribunal de Justicia en Tetra Pak II.

## I. RTDC IBERIA <sup>28</sup>

En este asunto, el mercado relevante considerado era el de la intermediación de billetes para transporte aéreo, en el que operaban las agencias de viajes que venden billetes de Iberia y de otras líneas aéreas <sup>29</sup>. El TDC consideró que Iberia ostentaba una posición dominante en el mercado del transporte aéreo —ascendente respecto del mercado relevante y estrechamente vinculado con éste— estimando de nuevo que dicha posición dominante se trasmitía o proyectaba aguas debajo *de forma automática* al mercado de la intermediación, en el que, por tanto, se declaró la dominancia de la empresa:

*«El Tribunal comparte la exposición unánime de las partes y del Servicio en el sentido de que, en el caso presente, el mercado en cuestión es el de*

<sup>27</sup> En cuanto a la cita del asunto *Tetra Pak II*, ya se ha indicado más arriba que este precedente permite aplicar la doctrina del abuso en mercados conexos, en circunstancias excepcionales, en el supuesto más difuso o indirecto de vínculo entre dominancia y abuso (*i. e.*, cuando tanto el abuso como los efectos del mismo se producían en el mercado vecino). No obstante, en *Tetra Pak II* se utilizó la doctrina de los mercados conexos para constatar el abuso en el mercado vecino, no para declarar la dominancia en el mismo.

<sup>28</sup> RTDC de 1 de abril de 2002, Exp. 514/02.

<sup>29</sup> FD 2.º

*la intermediación de los billetes de transporte aéreo; en él aparecen unos oferentes de intermediación, que son las agencias emisoras; unos demandantes de intermediación, las compañías aéreas; se negocia una determinada mercancía, la propia intermediación, y se alcanza un precio de equilibrio, la comisión que remunera dicha intermediación. (...)*

*El mercado de la intermediación de los billetes es conceptualmente distinto (...) del mercado de transporte aéreo, en el que los oferentes son las compañías de transporte aéreo, los demandantes son los propios pasajeros, la mercancía negociada son los servicios de transporte y el precio es el del billete. No obstante, el billete de avión constituye el insumo productivo fundamental en el negocio de intermediación que realizan las agencias, de tal forma que ambos mercados se encuentran estrechamente relacionados y la posición de dominio que pudiera ostentar una empresa en el mercado de transporte aéreo, al suponer un elevado grado de control sobre ese insumo esencial, se trasmite al mercado de intermediación de los billetes (...).*

*La posición de dominio en el mercado de transporte aéreo nacional se proyecta sobre el mercado de la intermediación de billetes aéreos, ya que los billetes emitidos por la compañía Iberia constituyen el insumo productivo fundamental con el que han de trabajar las agencias emisoras de billetes de avión»<sup>30</sup> (subrayado añadido).*

#### J. RTDC FAVI/NATURGAS<sup>31</sup>

En esta Resolución, y citando Iberia, el TDC aplicó el mismo análisis y consideró que la empresa denunciada era dominante en el mercado de las revisiones de las instalaciones de gas natural en razón exclusivamente de su posición de dominio en los mercados ascendentes del suministro de gas natural y de la inspección de instalaciones:

*«De estos dos hechos surge una clara posición de dominio en el mercado de la inspección de instalaciones que la misma Naturgas (AH 12.2) no discute. ¿Repercute esa posición de dominio en el mercado de la inspección sobre el mercado de las revisiones?»*

*El Tribunal tuvo ocasión de analizar una situación similar con motivo del Expte. 513/01 Tubogas/Repsol, expediente en el que Repsol Butano ostentaba una posición de dominio en el mercado del suministro de gas butano y otorgaba ciertas ventajas a las empresas por ella franquiciadas en el mercado de las revisiones periódicas (FD 5.º). En aquella ocasión, el Tribunal estimó que, dada la íntima relación entre ambos mercados, que en el caso analizado se manifestaba, entre otras cosas, en la amplia base de datos sobre los consumidores de que disponía la empresa suministradora, la posición de dominio en el mercado de suministro repercutía sobre el de las revisiones periódicas (FD 9.º). En otras palabras, la citada Resolución entendió que la doctrina de los mercados conexos, tal y como ha sido utilizada por las autoridades comunitarias en los casos Magill (1991), Decca Navigation System (1989) o IRT/Promedia/Belgacom, resultaba plenamente aplicable al caso.*

<sup>30</sup> FFDD 2.º y 3.º

<sup>31</sup> RTDC de 18 de diciembre de 2002, Exp. 530/01.

(...) *Con independencia de que esa conducta sea abusiva o no (aspecto que se trata en el FD 1.2), la ligazón entre ambas actividades resulta clara de los datos del expediente y puede hablarse con corrección y en el sentido del FD 4.º de la Resolución de 1 de abril de 2002, del Expte. 514/01, Iberia de que la posición de dominio en el mercado del suministro se proyecta sobre el de revisión.*

*Por tanto, de acuerdo con lo señalado por FAVI en el argumento reseñado en el AH 13.1 y en contra de lo señalado por Naturgas en el AH 12.2, el Tribunal entiende que esa última empresa ostenta una posición de dominio en el mercado de la revisión de instalaciones, conexo con el del suministro de gas»<sup>32</sup> (subrayado añadido)<sup>33</sup>.*

#### K. RTDC GAS NATURAL<sup>34</sup>

En este asunto la empresa Gas Natural Castilla y León ostentaba una posición dominante en el mercado del suministro de gas natural en Ponferrada, así como en el de las instalaciones comunitarias (no individuales) receptoras de gas en dicho municipio, al haber obtenido la correspondiente concesión administrativa. La empresa subcontrató con determinadas empresas terceras la construcción de tales instalaciones comunitarias. Gas Natural Castilla y León realizó posteriormente una oferta comercial en la que ofrecía a las comunidades de vecinos la construcción y revisión de las instalaciones individuales (y no sólo comunitarias).

El TDC consideró que la situación analizada era la misma que en la Resolución Gas Natural Castilla y León, por lo que aplicó el mismo razonamiento en términos cuasi literales:

*«En este sentido, la situación es idéntica a la del Expte. 482/00 Gas Natural Castilla y León, en el que el Tribunal acudió a la doctrina de los mercados conexos, que pone de relieve cómo la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados, siendo una interpretación jurídica del hecho de que la posición de dominio que ostenta una empresa en un mercado puede traducirse en un dominio de otro en el que la presencia de esa empresa*

<sup>32</sup> FD 1.º 1. La cita de la Resolución *Tubogas/Repsol* no parece del todo correcta, pues, como ya ha sido indicado, el análisis del TDC en este asunto fue distinto: en efecto, el TDC no declaró la dominancia de la empresa encausada en el mercado relevante a partir de su posición de dominio en un mercado ascendente, sino que, sin extender la dominancia, constató que la empresa había cometido un abuso en el mercado relevante desde su posición de dominio en el referido mercado ascendente. Parece que habría sido más ajustada la cita al precedente *Gas Natural Castilla y León*, ya comentado, no sólo por la similitud de los hechos analizados, sino por el razonamiento jurídico seguido.

<sup>33</sup> Se observa que la conclusión alcanzada por el TDC en *FAVI/Naturgas* diverge de una Resolución de 1998 (RTDC de 18 de junio de 1998, *Gas Natural Castilla y León*, Exp. R. 304/98) en la que se había alcanzado justamente la conclusión contraria: el TDC negó la dominancia de la empresa en el mercado de la revisión de las instalaciones de gas a pesar de ostentar una posición dominante en “otros mercados muy próximos”, precisamente los de la distribución de gas y de la inspección de instalaciones.

<sup>34</sup> RTDC de 14 de enero de 2003, Exp. 540/02.

es, cuantitativa o cualitativamente, diferente. *En este sentido debe mencionarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 14 de noviembre de 1996, al Asunto C-333/94 P Tetra Pak Internacional contra Comisión (...)*» (FD 6.º, subrayado añadido).

Como puede verse, la doctrina tradicional y la más novedosa de la “proyección automática del dominio” se alternan sucesivamente en las más recientes Resoluciones del TDC. Así, la primera aparece en Resoluciones como Tubogas/Repsol y Empresas Electricidad, mientras la segunda es visible en Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural. Curiosamente, y junto a Tubogas/Repsol, la Resolución Empresas Electricidad cita expresamente el Expediente 482/00, Gas Natural Castilla y León, que, como se ha visto, es justamente un ejemplo de la referida línea doctrinal novedosa, que sigue la tesis de la proyección automática del dominio al mercado vecino y que supone la aplicación de la doctrina de los mercados conexos a la declaración de dominancia en vez de a la constatación del abuso<sup>35</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, la novedosa doctrina articulada por el TDC en sus Resoluciones Gas Natural Castilla y León, Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural dimana de una interpretación cuestionable de la teoría del abuso en mercados conexos, tal y como ha sido establecida en Derecho comunitario.

En efecto, y como dijimos en la Introducción, dicha teoría descansa en la intención de la empresa dominante de proyectar o extender su poder de mercado hacia un mercado relevante vecino al dominado. Pero dicha proyección se debe realizar necesariamente mediante la realización de una determinada conducta abusiva, bien en el mercado dominado, bien en el conexo. En otros términos, *la proyección del dominio es simplemente el resultado que se persigue con la concreta conducta*: es claro que tal resultado puede conseguirse en algunos supuestos (por ejemplo, si con la práctica se logra expulsar definitivamente al único competidor existente en el mercado vecino), pero en la mayoría de los casos la conducta abusiva no conferirá una situación dominante en el mercado conexo, sino que simplemente ocasionará un daño a los demás competidores pero sin por ello conferir a la empresa autora una posición de dominio que adquiriría *ex novo* en tal mercado.

Bajo esta óptica, sostener que la doctrina de los mercados conexos significa que la empresa que es dominante en un determinado mercado lo es también necesariamente en los mercados vecinos al dominado (pues no otra cosa supone la tesis de la “proyección automática del dominio”),

<sup>35</sup> FD 3.º De hecho, la Resolución *Empresas Electricidad* tiene un Voto Particular disidente que considera que el dominio en el mercado de la distribución de electricidad se proyectaba al mercado descendente de la reparación de averías eléctricas. Curiosamente, uno de los Vocales que emitieron este Voto Particular era el Ponente de la Resolución *Tubogas/Repsol*.

y, por tanto, considerar aquella doctrina como un criterio del test de dominancia y no de la constatación del abuso, no parece conforme con los precedentes comunitarios reseñados ni probablemente tampoco con una aplicación estricta del art. 6 LDC.

Conceptualmente, la línea doctrinal contenida en Resoluciones Gas Natural Castilla y León, Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural parece enlazar con el criterio de dominancia basado en el grado de integración vertical de la empresa, empleado por el TDC en diversas ocasiones. En efecto, en muchas de sus Resoluciones del TDC ha mencionado el grado de integración vertical de una empresa determinada como factor relevante para concluir la existencia de posición dominante en el mercado relevante, de manera que la presencia de la empresa (o de empresas de su grupo económico) en mercados ascendentes o descendentes respecto del mercado relevante ha sido tomada expresamente en consideración por el TDC a los efectos de declarar la dominancia en este último mercado<sup>36</sup>.

Como puede observarse, la doctrina contenida en las cuatro Resoluciones citadas no es sino una aplicación especialmente intensa del criterio de la integración vertical, pues se basa en la declaración de la dominancia de una empresa en un determinado mercado relevante exclusivamente por el hecho de que tal empresa ostentaba una posición de dominio en un mercado conexo (ascendente o descendente) y estrechamente relacionado con el mercado de referencia.

En fin, y a modo de conclusión, puede sostenerse que la doctrina del abuso en mercados conexos cuenta con un sólido respaldo en la práctica de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia. En general, el TDC ha seguido el patrón tradicional de Derecho comunitario, consistente en declarar primero la existencia de posición dominante en un mercado determinado y en aplicar después la doctrina de los mercados conexos al verificar la concurrencia de abuso, comprobando que bien éste bien

<sup>36</sup> RTDC de 5 de mayo de 1999, *Eléctrica Curós*, Exp. 431/98, FD 5.º, en la que, para declarar la dominancia de una distribuidora eléctrica regional con una cuota de mercado del 66,5 por 100, el TDC señaló que «sobre todo [...] pertenece al grupo Endesa, líder de la generación y distribución de energía eléctrica en España [...] Dicho grupo presenta un notable grado de integración vertical», confirmada expresamente en este punto por SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2002, recurso 512/1999, FD 7.º En una situación fáctica similar, la RTDC de 7 de julio de 1999, *Electra Avellana*, Exp. 441/98, FD 3.º, sostuvo que «en el presente caso, es evidente que la importancia y el grado de integración vertical del grupo empresarial denunciado perfilan una estructura empresarial poderosa, monopolista de la producción de energía en el mercado relevante». En la RTDC de 9 de octubre de 2001, *Funerarias Madrid 3*, Exp. 502/00, FD 2.º, el TDC se apoyó en la posición dominante de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid en el mercado de la prestación de servicios funerarios propiamente dichos para declarar igualmente su dominancia en el mercado descendente y conexo de los servicios de cementerio. En la RTDC de 16 de febrero de 1999, *Tabacos de Canarias*, Exp. 375/96, FD 2.º, el TDC mencionó el hecho de que la empresa encausada fuera la única verticalmente integrada en los mercados de la fabricación y la distribución como uno de los criterios que fundaban la declaración de dominancia. En la RTDC de 30 de septiembre de 1999 *Bacardí*, Exp. R. 362/99, FD 7.º, el TDC mencionó expresamente el grado de integración vertical como criterio relevante a efectos de determinar la eventual dominancia, y la RTDC de 24 de abril de 2002, *McLane/Tabacalera*, Exp. 486/00, FD 18.º, fue específicamente empleado para constatar la posición dominante de la empresa en causa.



y, por tanto, considerar aquella doctrina como un criterio del test de dominancia y no de la constatación del abuso, no parece conforme con los precedentes comunitarios reseñados ni probablemente tampoco con una aplicación estricta del art. 6 LDC.

Conceptualmente, la línea doctrinal contenida en Resoluciones Gas Natural Castilla y León, Iberia, FAVI/Naturgas y Gas Natural parece enlazar con el criterio de dominancia basado en el grado de integración vertical de la empresa, empleado por el TDC en diversas ocasiones. En efecto, en muchas de sus Resoluciones del TDC ha mencionado el grado de integración vertical de una empresa determinada como factor relevante para concluir la existencia de posición dominante en el mercado relevante, de manera que la presencia de la empresa (o de empresas de su grupo económico) en mercados ascendentes o descendentes respecto del mercado relevante ha sido tomada expresamente en consideración por el TDC a los efectos de declarar la dominancia en este último mercado<sup>36</sup>.

Como puede observarse, la doctrina contenida en las cuatro Resoluciones citadas no es sino una aplicación especialmente intensa del criterio de la integración vertical, pues se basa en la declaración de la dominancia de una empresa en un determinado mercado relevante exclusivamente por el hecho de que tal empresa ostentaba una posición de dominio en un mercado conexo (ascendente o descendente) y estrechamente relacionado con el mercado de referencia.

En fin, y a modo de conclusión, puede sostenerse que la doctrina del abuso en mercados conexos cuenta con un sólido respaldo en la práctica de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia. En general, el TDC ha seguido el patrón tradicional de Derecho comunitario, consistente en declarar primero la existencia de posición dominante en un mercado determinado y en aplicar después la doctrina de los mercados conexos al verificar la concurrencia de abuso, comprobando que bien éste bien

<sup>36</sup> RTDC de 5 de mayo de 1999, *Eléctrica Curós*, Exp. 431/98, FD 5.º, en la que, para declarar la dominancia de una distribuidora eléctrica regional con una cuota de mercado del 66,5 por 100, el TDC señaló que «sobre todo [...] pertenece al grupo Endesa, líder de la generación y distribución de energía eléctrica en España [...] Dicho grupo presenta un notable grado de integración vertical», confirmada expresamente en este punto por SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2002, recurso 512/1999, FD 7.º En una situación fáctica similar, la RTDC de 7 de julio de 1999, *Electra Avellana*, Exp. 441/98, FD 3.º, sostuvo que «en el presente caso, es evidente que la importancia y el grado de integración vertical del grupo empresarial denunciado perfilan una estructura empresarial poderosa, monopolista de la producción de energía en el mercado relevante». En la RTDC de 9 de octubre de 2001, *Funerarias Madrid 3*, Exp. 502/00, FD 2.º, el TDC se apoyó en la posición dominante de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid en el mercado de la prestación de servicios funerarios propiamente dichos para declarar igualmente su dominancia en el mercado descendente y conexo de los servicios de cementerio. En la RTDC de 16 de febrero de 1999, *Tabacos de Canarias*, Exp. 375/96, FD 2.º, el TDC mencionó el hecho de que la empresa encausada fuera la única verticalmente integrada en los mercados de la fabricación y la distribución como uno de los criterios que fundaban la declaración de dominancia. En la RTDC de 30 de septiembre de 1999 *Bacardí*, Exp. R. 362/99, FD 7.º, el TDC mencionó expresamente el grado de integración vertical como criterio relevante a efectos de determinar la eventual dominancia, y la RTDC de 24 de abril de 2002, *McLane/Tabacalera*, Exp. 486/00, FD 18.º, fue específicamente empleado para constatar la posición dominante de la empresa en causa.



## CONTROVERSIAS SOBRE EL CONTROL

Juan JIMÉNEZ LAIGLESIA

José M.<sup>a</sup> JIMÉNEZ LAIGLESIA

Abogados. Jones Day Madrid

El control, la mera posibilidad de ejercer una influencia en la conducta de una empresa en el mercado, constituye un elemento tan esencial para el Derecho de la competencia que, en ocasiones, importa más determinar su existencia que analizar sus efectos. Se trata de un elemento transversal de análisis de múltiples problemas que condiciona procedimientos de examen y remedios de problemas. Formalmente el hecho de su adquisición distingue, ante todo, a una operación de concentración. Su existencia, en diversas formas, puede determinar qué acuerdos, por restrictivos que sean, escapen a las normas de competencia. Su naturaleza puede ser siempre discutible dependiendo de la importancia que se conceda a unos u otros elementos. En fin, se trata de un concepto central para el entendimiento del objeto y efecto en la competencia de las transacciones entre empresas que, además, va camino de afectar gradualmente la aplicación de otras normativas.

No pretendemos aquí un estudio exhaustivo del concepto de control en Derecho de la competencia, ni mucho menos abarcar todas las posibles consecuencias de este concepto en la realidad de las transacciones. Lo que pretendemos es analizar, brevemente, algunas cuestiones controvertidas que creemos de interés. Nos interesa examinar, en primer lugar, las limitaciones prácticas que tiene este concepto para determinar la existencia de una operación de concentración en los casos de control conjunto de dos o más empresas, sobre todo por la práctica ausencia de revisión jurisdiccional de la práctica discrecional de las autoridades de competencia. Este problema se enmarca en el más general de la utilización del concepto de control como elemento cuya adquisición da lugar a una operación de concentración: revisaremos muy brevemente si ésta es una opción adecuada para determinadas participaciones significativas y veremos si cabe establecer algunas categorías de situaciones donde convendría el examen previo. También examinaremos de forma sucinta los problemas de los acuerdos intra-grupo con especial referencia a qué grados de control son suficientes para apreciar su existencia según los precedentes exis-

tentes. Analizamos, igualmente, el efecto que el concepto de control está teniendo en la definición de grupo de sociedades y en la normativa de mercado de valores y veremos sus limitaciones actuales respecto al control conjunto en un momento, además, donde se han establecido nuevas reglas de transparencia y validez de pactos parasociales respecto a sociedades cotizadas y se pretende dotar de contenido a la definición de actuación concertada.

## 1. LA ADQUISICIÓN DE CONTROL QUE DA LUGAR A UNA CONCENTRACIÓN

Una concentración abarca la adquisición del control, de hecho o de derecho, de activos o empresas incluyendo la creación de una empresa en participación con plenas funciones. Si una operación no implica adquisición de control de algún tipo, no existe obligación de notificarla. Por lo tanto la existencia de la adquisición de control da lugar a la obligación de notificar, y justifica la competencia (junto con otros elementos), de la autoridad para examinar la operación.

La apreciación de la existencia de una operación de concentración debería ser un ejercicio simple, con la menor ambigüedad posible. Igualmente la definición debería garantizar en lo posible que todas las operaciones que tuvieran un impacto “estructural” relevante fueran examinadas *ex ante* conforme al análisis incipiente del control de concentraciones. Como señala el propio Reglamento 139/2004, los arts. 81 y 82 no son suficientes para controlar todas las operaciones que puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia<sup>1</sup>, si bien el art. 7 del nuevo Reglamento 1/2003 al establecer la posibilidad expresa de remedios estructurales constituye, se supone, la base jurídica adecuada para ordenar la desinversión de participaciones “no de control” en competidores.

En todo caso, desde el punto de vista de la eficiencia del control de concentraciones es preciso que el sistema defina correctamente y de manera previa su ámbito de aplicación, es decir, qué es lo que se examina. Y la opción que se presenta es compleja: o bien se establece un sistema que permita a la autoridad examinar o impugnar todas las operaciones desde el punto de vista de sus efectos en la competencia con independencia de que la operación de lugar o no al control<sup>2</sup>, o bien, como en nuestro caso, se opta por intentar aprehender en el concepto de control todas las operaciones que puedan tener un impacto estructural relevante para la competencia y se intenta, mediante directrices, especificar qué elementos distinguen la adquisición de control de participaciones en el

<sup>1</sup> Considerando núm. 7, Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 (*DOCE*, núm. L 24/1, de 29 de enero de 2004).

<sup>2</sup> Sección 7 de la *Clayton Act*: «Una empresa no necesita adquirir el control de otra empresa para violar la sección 7 de la *Clayton Act*», ver Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Denver & Rio Grande vs. Estados Unidos*, 387 us 3485 (1967). Ver también *Gulf & W. Indus.*, 476 F. 2d 687 (2<sup>nd</sup> Circuit 1973).

capital y/o en los órganos de administración de una empresa que “no son de control”.

En ambos casos no es preciso especificar numéricamente porcentajes de participación que den lugar a control<sup>3</sup>, pero es claro que un sistema que no atiende formalmente a si la adquisición de control constituye una operación de concentración, junto con una presunción de ausencia de efectos respecto a operaciones por debajo de un cierto umbral y cuyo objeto es solamente la inversión, parece garantizar mejor la competencia jurisdiccional sobre la enorme variedad de transacciones que combinan intereses financieros y/o de control en multitud de grados y en momentos temporales diferentes.

En efecto, definir la operación por la adquisición de control, y fijar ahí la competencia de examen puede tener como consecuencia que algunas operaciones con efectos en la competencia no sean examinadas antes de su ejecución y que, por lo tanto, la solución o el remedio aparezca una vez que el daño presumiblemente ya se ha producido. Y, con independencia de las dificultades de apreciar la existencia de control en algunas operaciones (ante todo conjunto de facto), la situación se agrava si la autoridad de competencia, haciendo uso de su facultad discrecional, no es precisa en su aplicación.

Así, por ejemplo, existen precedentes en los cuales se ha ejercido competencia de aprobación haciendo abstracción totalmente de la existencia de una modificación de la naturaleza del control, lo que constituye un error sobre su propia competencia, pues si no hay modificación de la naturaleza de control no puede haber concentración<sup>4</sup>.

En otras ocasiones, la autoridad reconoce la existencia de un “impacto estructural” definiendo participaciones minoritarias “no de control” como “participaciones significativas” o que permiten el ejercicio de una influencia “material” pero no decisiva. Ello ocurre cuando la participación no es meramente “financiera” (similar a una mera inversión), y la Comisión se dedica a examinar elementos que permiten diferenciar participaciones “significativas” de participaciones meramente “financieras” al objeto de justificar su jurisdicción sobre el examen de los efectos de dicha participación<sup>5</sup>. El problema de esta aproximación es que, en casos de control de facto, enturbia seriamente la ya de por sí compleja diferenciación entre derechos de protección de minorías (que por definición se limitan a la protección de intereses financieros) y derechos que pueden tener influen-

<sup>3</sup> Adquisiciones parciales que han dado lugar a la aplicación de la Sección 7 de la *Clayton Act* normalmente han sido superiores al 15 por 100 del capital. Por ejemplo, *Du Pont 353 us* (un 23 por 100), *Crane Co.* 509 F. Supp. (un 5 por 100 junto con una oferta de compra del 15 por 100).

<sup>4</sup> Asunto M.3071, *Carnival/P&O Princess*. Se trata de una segunda notificación de una operación en la cual no se ha modificado la naturaleza del control, sino sencillamente se ha modificado la estructura de la operación. La Comisión aceptó el examen del asunto y examinó *ex novo* si había habido alguna variación en las condiciones de competencia.

<sup>5</sup> Ver, para un ejemplo reciente, apartados 262 y siguientes de M.2876, *Newscorp/Telepiù*.

cia en la gestión de la empresa. En todo caso, no parece razonable que si una participación “no de control” permite una “influencia material pero no decisiva” ya que no es meramente financiera, se excluya la competencia de aprobación de estas operaciones *ex ante*. Y es claro que si se pretende crear una nueva categoría de participación “significativa pero no de control”, lo que debe exigirse entonces es que se defina de la forma más aproximada posible con objeto de eliminar dudas. El problema se relaciona, por otro lado, con la afirmación de la competencia de la Comisión respecto a la aplicación del art. 2 del Reglamento 139/2004 a empresas que no forman parte de la operación de concentración, es decir, que no son empresas afectadas<sup>6</sup>. Ello permite a la Comisión prohibir una operación de concentración si se crea o refuerza la posición dominante de un tercero de forma que se obstaculiza significativamente la competencia. Por lo tanto, es posible examinar si una participación minoritaria de un tercero ajeno a la concentración es o no contraria al art. 2 del Reglamento 4064/1989, en particular porque dicha participación es “estructural” respecto de la operación, dado que existe un nexo causal entre la participación y los efectos en la competencia<sup>7</sup>. De esta forma, adquisiciones de participaciones minoritarias por empresas no afectadas a resultas de una operación de concentración son examinadas de la misma forma que la operación definida como una concentración.

Por otro lado, la eliminación de vínculos estructurales entre competidores es un remedio bastante usual en el control de concentraciones, aparte de que se haya considerado que dicha participación puede resultar de un acuerdo restrictivo de la competencia si puede influenciar la conducta de los competidores<sup>8</sup>, o constituya un abuso de posición dominante prohibido por las normas de competencia<sup>9</sup>. Ello implica aceptar que en determinados mercados las relaciones estructurales entre competidores reducen de forma desproporcionada el incentivo a competir en el mercado, además de servir de instrumento de coordinación de políticas de precio y conducta en el mercado y de intercambio de información sensible<sup>10</sup>, por lo que la Comisión ha exigido en un gran número de asuntos que las partes en la operación de concentración se desprendan de su

<sup>6</sup> Competencia que se apoya parcialmente en los asuntos C-68/94 y C-30/95, Kali (*Rec.*, 1998, p. I-1375, apartado 171), y T-102/96, Gencor (*Rec.*, 1999, p. II-753). Ver M.1383, Exxon/Mobil, apartados 225 a 299; M.2434, Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico, y Sentencia del TPI en el asunto T-22/97, Kesko (*Rep.*, 1999, p. II-3775, apartados 137-140).

<sup>7</sup> Apartados 276 a 281 de Newscorp/Telepiù, citando expresamente el asunto M.2845, Sogecable/Vía Digital, en cuya decisión de reenvío de 14 de agosto de 2002 la Comisión examinó los efectos de la participación “no de control” de Telefónica en Sogecable en los mercados de telecomunicaciones.

<sup>8</sup> Asunto 142, 156/84, Philip Morris (*Rec.*, 1987, p. 4487), y Decisión de la Comisión Europea en el asunto Enichem/ICI (*DOCE*, núm. L50/18, 1988).

<sup>9</sup> Decisión de la Comisión Europea en el asunto Gillette (*DOCE*, núm. L116/21, 1993).

<sup>10</sup> Apartados 24 y 25 de la Comunicación Remedios de la Comisión Europea: «En otros casos una posible solución es la cesión de participaciones minoritarias... a fin de aumentar los incentivos para competir en el mercado».

participación en un competidor <sup>11</sup>, o ha limitado de forma efectiva el ejercicio de los derechos derivados de dicha participación <sup>12</sup>.

En suma, hubiera sido interesante debatir, en el contexto de la reforma del sistema de control de concentraciones comunitario, si era preferible abandonar el criterio de control como elemento formal de la definición de concentración y sustituirlo por un criterio más amplio que atendiera bien a cualquier influencia no meramente financiera o a criterios objetivos relacionados con el tamaño de la transacción. La Comisión planteó la cuestión de forma parcial respecto a problemas más específicos y, finalmente, no ha revisado la aplicación del concepto de control en la reciente reforma del sistema. Su posición es que no cabe una definición previa de transacciones no de control que pudieran estar sometidas a la obligación de notificar, si bien reconocía que carece de datos respecto a la incidencia real de este tipo de operaciones no de control <sup>13</sup>.

Aun así, la conclusión es razonable si se mantiene la adquisición de control como elemento que caracteriza a una operación de concentración porque, en efecto, resulta absurdo intentar formular una tipología general de transacciones de esta naturaleza para someterlas a una obligación de notificación. Sin embargo, como veremos, es posible establecer determinadas circunstancias en las cuales sí se justificaría tal examen que, más relacionadas con una tipología de operaciones, tienen que ver con elementos de hecho o de derecho objetivo que justificarían el examen de las transacciones en detalle.

Partiendo, por lo tanto, del mantenimiento del sistema de control como elemento que define una concentración, en nuestra opinión, la aplicación práctica del concepto a los casos de control conjunto deja un excesivo margen discrecional a la autoridad de competencia, incluso si el aná-

<sup>11</sup> Por ejemplo, asunto IV/M.1980, Volvo/Renault, de 1 de septiembre de 2000. Volvo fue obligada a vender su participación minoritaria en Scania. Puede verse también la decisión de la Comisión en el asunto IV/M.1453, AXA/GRE, de 8 de abril de 1999, en la cual GRE debió desprenderse de su participación en Le Foyer, un competidor en el mercado relevante, o la decisión en el asunto IV/M.1082, Allianz/AGF, de 8 de mayo de 1998 (venta de participación en un competidor). En España existen también precedentes de órdenes de desinversión cuya aplicación en la práctica, a pesar de la falta de información, es cuando menos curiosa dado el general desconocimiento de las razones de la decisión (por ejemplo, Mahou/San Miguel, con exigencia a la empresa fusionada de desinvertir en Damm y aprobación de la venta del paquete a un competidor potencial, Interbrew, en un mercado en duopolio aprobado en contra del criterio del Tribunal, y con mantenimiento de derechos por parte del vendedor respecto al ejercicio de los derechos inherentes a la participación).

<sup>12</sup> Por ejemplo, asunto IV/M.2567, Nordbanken/Postgirot, de 8 de noviembre de 2001, en el que la Comisión exigió a Nordbanken que redujera su participación en un competidor a no más del 10 por 100 del capital, renunciara al ejercicio de sus derechos como accionista excepto aquellos relativos a la protección de sus intereses financieros, se comprometiera a no incrementar su participación, renunciara de forma absoluta a participar en los órganos de administración y a obtener información confidencial o sensible sobre la conducta de la empresa en el mercado. Limitaciones similares pueden verse, entre otras muchas, en IV/M.1080, Thyssen/Krupp, de 2 de junio de 1998.

<sup>13</sup> Apartado 109 del Libro Verde sobre la reforma del Reglamento 4064/1989. La Comisión dice que «en este momento» carece de datos completos sobre la frecuencia de las participaciones minoritarias y el «solapamiento de gerencias», lo que parece indicar que quizás algún día se examine esta cuestión empíricamente. Ya se hizo por cierto en el pasado (ver p. 422 del XXI Informe).

lisis de una empresa en participación de plenas funciones se lleva a cabo en el procedimiento de control de concentraciones, y la definición de “plenas funciones” no suele ser problemática al no atender al grado de competencia actual o potencial que pierden las sociedades al controlar conjuntamente a la empresa en participación a la hora de apreciar su existencia <sup>14</sup>.

La definición de control es, como sabemos, amplia: cualquier elemento que en determinada transacción permita la posibilidad de influir decisivamente en la conducta de una empresa. Y, como también sabemos, no existe una definición cerrada de las circunstancias que determinan la existencia de control, entre otras razones porque los elementos que cita el art. 3 del Reglamento 139/2004 no pretenden ser exhaustivos respecto a lo que constituye control, sino que, en realidad, enumeran, desde el mero sentido común, lo que permite su ejercicio, a saber, la propiedad, o el derecho de explotar, los activos de una empresa o la influencia sobre las decisiones de los órganos de administración de una empresa.

La adquisición de control exclusivo de derecho o de hecho no suele presentar excesivos problemas. Normalmente los derechos que se adquieren respecto a la dirección de la empresa deben bastar para apreciar su existencia. En los casos de adquisición de la mayor participación “minoritaria”, el análisis debería centrarse ante todo en los elementos que indiquen que dichos derechos no permitan de forma duradera el control de la empresa. Es correcto, por lo tanto, examinar en casos de facto si la estructura del accionariado permite el control. Otra cosa es que no estén claros los límites reales del examen de la dispersión del accionariado en los casos de control exclusivo de facto (por ejemplo, qué ocurre si, teniendo en cuenta los accionistas presentes o representados <sup>15</sup>, la dispersión no permite el ejercicio del control en todo el período que se examina o cuando se atribuye cualidades meramente financieras de los demás accionistas). En estos casos, las circunstancias de la operación deberían ser tenidas también en cuenta y, así, por ejemplo, la existencia de una prima sobre el valor de mercado, intentos anteriores de adquisición de control o el recurso a la financiación externa son elementos que permiten, en el caso concreto, apreciar la intención de asumir control individual derivado de la operación.

Es en los casos de control conjunto de facto, en los que no se da bloqueo perfecto o sindicato de voto, donde la cuestión se complica, sobre todo por la introducción del derecho de veto como equivalente a control, y la aceptación general de excepciones, matizaciones o interpretaciones a este criterio mediante determinadas formas que permiten una interpretación demasiado discrecional sobre las circunstancias en las cuales

---

<sup>14</sup> Sería deseable que una más que necesaria reforma de la Ley 16/1989 que eliminara el procedimiento de autorización también acabara con la anticuada distinción de empresa en participación concentrativa/cooperativa a efectos del control de concentraciones en España.

<sup>15</sup> Apartado 7 de la Decisión IV/M.343, Societe Generale de Belgique/Generale de Banque.



existe o no una operación de concentración por la existencia de control conjunto.

En efecto, incluso aun cuando se puede criticar ciertas ambigüedades que deberían ser resueltas de forma más clara (por ejemplo, especificar qué ocurre cuando parecen existir dos o más órganos de gestión de una empresa con participación diferente de los socios, qué límites debe tener la delegación de la gestión en uno de los socios, o la atribución de mayor objetividad a los elementos sobre los cuales debe versar el derecho de vetar), no es objetable que el poder bloquear una decisión constituya una forma decisiva de influir en la gestión de una sociedad y que este principio es ya entendido en la práctica.

Sin embargo, como decimos, la interpretación puede llegar a ser excesivamente discrecional, quizás debido a que el ejercicio del derecho de veto debe ser puesto en relación con su propia naturaleza en el acuerdo y con el negocio de la empresa conjunta. Por ejemplo, se acepta la compatibilidad de la existencia de derecho de veto con el voto de calidad de una de las partes<sup>16</sup>, lo que, desde el mero sentido común, implica que no hay control conjunto, pues una parte se puede imponer a la otra (si control es la mera posibilidad de influir, es claro que la mera posibilidad de que solamente una de las empresas decida debería excluir la existencia de control conjunto). Esta anómala aceptación del voto de calidad se pretende salvar distinguiendo entonces si la contribución de cada una de las partes es "vital" queriendo decir, quizás, pues no está claro, que su posición no es meramente financiera. Pues bien, si su contribución es "vital", el derecho de veto y el voto de calidad son irrelevantes, pues la ausencia de dicho accionista implica la disolución del control y, por lo tanto, nos remite a un sistema de definición de concentración que solamente excepciona las operaciones con el objetivo de inversión. Esta "anomalía" obliga también, como sustituto imperfecto de la inexistencia de derecho de veto, a atender a los mecanismos de conciliación de decisiones entre las partes: si son suficientemente "complejos" se puede "presumir" que existe control conjunto, a pesar de que una de las partes no tiene derecho de veto<sup>17</sup>. En suma, ambigüedades respecto a un criterio formal que define una operación de concentración y que crea inseguridad jurídica a la hora de evaluar los acuerdos entre los accionistas.

Otro ejemplo se refiere a la posibilidad de apreciar la existencia de control conjunto sobre la base de acuerdos laxos (es decir, donde no existe obligación de voto conjunto) entre las partes, respecto a la gestión de la empresa conjunta y el sentido del voto en los órganos de administración. En estos casos no existe una guía clara sobre qué elementos permiten concluir que en estos casos existe control conjunto: la mera declaración de su "excepcionalidad" es irrelevante cuando es posible apre-

<sup>16</sup> Decisión M.553, RTL/Veronica/Endemol, confirmado por STPI, asunto T-221/95, Endemol (Rec., 1999, p. II-1299).

<sup>17</sup> Cfr. M.975, Albacom/BT/ENI/Mediaset, con M.342, Fortis/CGER.

ciar que existe, en muchas ocasiones, interés en evitar precisamente la obligación de notificación<sup>18</sup>. El contenido de las declaraciones de intenciones y su verdadera aplicación en la práctica son criterios que pueden ser excesivamente vagos a la hora de determinar si existe control conjunto o no<sup>19</sup>. En estos casos y sobre todo cuando no se trata de empresas conjuntas de nueva creación, sino de la modificación de los accionistas de control, la discrecionalidad administrativa es demasiado amplia, pues basta la inexistencia de un acuerdo “jurídicamente vinculante” para que la autoridad atribuya, como le parezca, qué importancia debe darse a la contribución de cada parte (incluyendo financiera)<sup>20</sup>, a la intención última de cada parte en la conclusión de un acuerdo, al contenido último de las meras declaraciones de intenciones o a factores igualmente vagos tales como la probable conducta de los demás accionistas en los órganos de administración.

En suma, si se mantiene un criterio formal de definición de concentración que por sus propias limitaciones inherentes debe atender en realidad a multitud de factores no relacionados con el simple veto formal, parece inevitable que la aplicación de la obligación de notificación dependa en ocasiones de una interpretación discrecional de la administración competente. En estos supuestos, asumiendo que no se opta, como es el caso, por un sistema que obvie la adquisición de control o la modificación de su naturaleza a pesar de que no se cuente con datos sobre la verdadera frecuencia de las participaciones “no de control”, es necesario que se explique en el mayor detalle posible qué principios de actuación pueden ser anticipados por las partes con objeto de incrementar la seguridad jurídica a la hora de negociar sus acuerdos de control, y ser coherente respecto a la creación de categorías intermedias de participación en el capital que, no siendo de control, se consideran significativas.

## 2. SOBRE LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIÓN QUE NO CONFIERE CONTROL

Una vez vistas las limitaciones formales, creemos que suficientemente conocidas, del concepto de control como elemento formal de lo que constituye una operación de concentración, pretendemos ahora atender a tres ámbitos relacionados de la participación “que no confiere control”: en

<sup>18</sup> Ver BRIONES, FOLGUERA, FONT y NAVARRO, *El control de concentraciones en la Unión Europea*, donde aceptan como más frecuentes de lo que parece este tipo de situaciones al describir de forma exhaustiva los tipos de controles y formas de adquisición.

<sup>19</sup> M.331, Fletcher Challenge/Methanex; M.548, Nokia/SP Tyres UK. Por ejemplo, un acuerdo que se limite a establecer que se harán los mayores esfuerzos para acordar una posición común unido a obligaciones de mantenimiento de determinado porcentaje en el capital se ha considerado que permitía (“es de esperar”) el control conjunto de dos sociedades que no alcanzaban la mayoría en el capital ni en los órganos de una empresa, teniendo en cuenta la posible “ausencia” de los demás representantes en los órganos de administración (apartado 7 de la Decisión de 14 de agosto de 2002, M.2845, Sogecable/Vía Digital).

<sup>20</sup> Ver el examen de la posición de Telecom Italia en M.2876, Newscorp/Telepiù, ya citada.

primer lugar, las dificultades en la *definición* del problema (lo que son y lo que no son dichas participaciones); en segundo lugar, las dificultades en entender su *significado* (el efecto que los incentivos tienen sobre el modelo de análisis), y, finalmente, las dificultades en encontrar un marco coherente de *solución* para tratar estas participaciones (la necesidad de discriminar entre categorías de participaciones en función de las características de los partícipes y las características estructurales del sector o mercado en que participen) como propuesta más matizada a la exclusión de la obligación de notificación previa de la adquisición de participaciones “minoritarias”.

#### A. DIFICULTADES EN LA DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Como se ha visto, entendemos que se ha dado un tratamiento inadecuado al controvertido problema de la adquisición de control. Las causas de ello —la necesidad de ofrecer grados de seguridad jurídica suficientes, atender la mayoría de situaciones en un plazo razonable de tiempo o reducir a esquemas sencillos de auto-evaluación las transacciones que constituyen operaciones de concentración— no pueden ocultar la necesidad de apreciar de manera diferente determinadas situaciones (las que aquí conoceremos como de “participación parcial”)<sup>21</sup>, sobre todo cuando el objeto de un sistema de control es no obstaculizar lo eficiente, pero, asimismo, en otro sentido necesario, no aprobar aquello que tiene el mismo efecto potencial que lo que se declararía prohibido. El problema de la participación parcial refleja esta controversia generalizada sobre el control de manera mucho más acusada y ayuda a una de las conclusiones propuestas: que es aconsejable modificar el hecho de la adquisición de control como elemento formal que define una transacción como operación sujeta a notificación<sup>22</sup> o, cuando menos, que es necesario distinguir algunos supuestos donde la notificación previa de supuestos de participación parcial sería aconsejable.

Nuestra tarea aquí consistirá en tratar de delimitar el ámbito de análisis que afecta al hecho de la participación (cualitativa también, aunque generalmente cuantitativa) no cualificadora de control o, de otro modo dicho,

<sup>21</sup> Como antes hemos visto, estas situaciones o hechos conocen multitud de denominaciones, unas confusas otras polisémicas, las más insuficientes, para abarcar la riqueza del problema de fondo; entre ellas podemos citar el *control parcial*, *control pasivo*, la *participación de carácter financiero*, el *minority shareholding*, participación *solely for investment*, el *control incompleto*, etc. Todas ellas pretenden abarcar partes del mismo problema: qué es lo que ocurre en situaciones donde no se da control (pueden graduarse de manera infinita); una concentración es, al cabo, un tipo de acuerdo que incorpora el control en sentido formal. Este epígrafe no tratará de las *joint ventures* cooperativas propiamente hablando, sino específicamente de las situaciones en las que una empresa adquiere un porcentaje del capital de otra actual o potencialmente competidora en sentido horizontal. Pueden darse efectos similares en el plano vertical, que aquí tampoco analizamos, dada la exigencia de síntesis y brevedad que requiere este trabajo.

<sup>22</sup> Mediante su sustitución con criterios objetivos y cuantificables como el de “tamaño de la transacción” establecido en la HSR.

aquella que no es idónea para desencadenar el hecho del control (exclusivo o conjunto) en el sentido de la terminología adoptada por el sistema comunitario o nacional de control de operaciones de concentración.

Aunque intuitivamente se piense que la adquisición sin control debe implicar efectos sobre la competencia efectiva menos acusados que los que se dan en una operación de concentración<sup>23</sup>, no debemos dejarnos engañar por los aspectos formales de la definición de concentración que incluye la norma; es cierto que lo más general es la modificación estable de la estructura de control a través de fórmulas que afectan a la propiedad de las acciones de la compañía de modo completo, pero pensemos que la norma contiene también situaciones cuya plasmación práctica es, cuando menos, poco común: por ejemplo, la adquisición de control exclusivo derivado de una participación minoritaria, la adquisición de control de manera involuntaria o la adquisición de control de facto sin plasmación jurídica. Todas estas situaciones merecen, *prima facie*, un acomodo idéntico a, por ejemplo, la fusión entre dos empresas para crear una nueva entidad o a una absorción completa; sin embargo, el hecho de la participación parcial ha tenido menor virtualidad, posiblemente debido a la distorsión en el análisis que procede de la necesidad de definir previamente la existencia de control para poder apreciar la existencia de una transacción sujeta a examen.

En efecto, de manera muy gráfica, se ha venido diciendo:

«*A non-controlling acquisition has no intrinsic threat to competition at all*» (Donald F. TURNER y Philip AREEDA)<sup>24</sup>.

Aunque la evolución doctrinal, fundamentalmente procedente de la teoría económica<sup>25</sup>, ha provocado que el problema sea abordado desde nuevas perspectivas:

«*It should be noted that passive investment by a firm in a competitor, where there are only a few firms in the market, would cause industry prices to rise (and quantities to fall) even if there are firms in the industry that did not invest in a competitor*» (David GILO)<sup>26</sup>.

Nuestro objetivo en este epígrafe puede descomponerse en dos tareas complementarias: la primera consiste en formular y validar si, en efecto, el análisis de los efectos sobre la competencia efectiva de determinados tipos de participación “no controlante” no puede fijarse a la fórmula que proporciona el art. 81 del Tratado CE ni a la solución que se recoge en

<sup>23</sup> Utilizamos el término en general, sin distinguir entre formas de adquisición de control o entre tipos de ese mismo control.

<sup>24</sup> P. AREEDA y D. F. TURNER, *Antitrust Law*, PAR. 1203D, AT 322 (1980).

<sup>25</sup> O'BRIEN y SALOP, citada en la bibliografía.

<sup>26</sup> GILO, citada en la bibliografía. La evolución de la doctrina económico-jurídica del problema es evidente. Ambas citas están separadas por veinte años de tiempo e innumerables tipos de situaciones distintas producidas en los mercados.

el art. 7 del Reglamento 1/2003; la segunda trataría de señalar qué características, objetivas y subjetivas, deberían tener determinados mercados o transacciones para presumir válidamente que las adquisiciones por los operadores en ellos de participación parcial “no controlante” de competidores sí merecerían un análisis *ex ante* especulativo de sus efectos, similar al que se lleva a cabo en una operación de concentración “normal”<sup>27</sup>.

En esencia, sólo adquirir el control en el plano jurídico lleva a la exigencia de que los agentes se sometan al sistema de control (con obligaciones recíprocas) de operaciones de concentración: así, las empresas, notificar, y las autoridades, evaluar, en determinado plazo de acuerdo con un test legal que tiene un modo de implementación basado en la evidencia económica o, al menos, necesitado de respuesta desde la doctrina económica: impedir significativamente la competencia efectiva.

Sin embargo, no adquirir control excluye el recurso al sistema de concentraciones y reduce el posible análisis de la participación parcial a la vía de los arts. 81(1) u 82 del Tratado CE. Aunque el análisis de los efectos coordinados o unilaterales de una concentración o la fijación colusoria de precios en el seno de un cártel esté basado en similares principios respecto a sus efectos, difieren decisivamente en su tratamiento legal. La propia Comisión reconoce el “impacto estructural” de estas participaciones parciales. Y, en efecto, se entiende, siquiera intuitivamente, que no son sólo acuerdos analizables bajo el art. 81, pues tienen elementos que se examinan en otros casos bajo el esquema propio de una concentración horizontal (ciertas eficiencias, incremento de grados de dominancia, etc.); tampoco son fusiones o, normalmente, acuerdos entre empresas que permitan el examen de pactos relacionados con sociedades o activos; por último, no parece que sean operaciones inocuas para el equilibrio competitivo, puesto que afectan al juego de los incentivos futuros de las partes en la operación y del resto de competidores<sup>28</sup>.

Creemos, como hemos venido diciendo, que la razón de base de este conflicto estriba en la inadecuación del concepto de control como elemento formal que permite apreciar la existencia de una concentración y la falta de atención a las circunstancias específicas de cada sector en cada proceso. Lo que enturbia la cuestión es la identificación de control en sentido jurídico con control en sentido económico, que puede llevar a considerar que sólo la adquisición de control que se define en la norma produce efectos como los que se derivan de las concentraciones que son su resultado.

<sup>27</sup> Racionalizar la necesidad de llevar a cabo un análisis *ex ante* de aquellas situaciones en las que exista participación parcial con efectos en la competencia en los mercados, y a las que el rígido y formal concepto de control desatiende, exige de antemano entender el contenido material de lo que significa, el tratamiento normativo que se le da y su presencia, al menos a título hipotético, como factor facilitador colusorio de carácter estructural.

<sup>28</sup> O'BRIEN y SALOP.

## B. DIFICULTADES EN ENTENDER EL SIGNIFICADO DEL PROBLEMA

Lo primero que debe señalarse es que el control y el interés puramente financiero pueden ser atributos separables —o graduables respecto— del concepto de propiedad y pueden tener distintos efectos sobre la competencia en el mercado<sup>29</sup>. Un concepto, el control, afecta a la posibilidad de tomar decisiones sobre el curso futuro de la sociedad participada; el otro, el interés financiero, afecta en teoría a un flujo de ingresos futuros, sobre los que tiene influencia el carácter subjetivo de quien los posee (sobre todo si participa en el mismo mercado relevante).

Este hecho viene a reconocer que la participación que no confiere control en otras empresas puede constituir un activo valioso por sí mismo; señala la existencia de un sub-mercado de control corporativo (parcial) cuyo dinamismo estaría en correlación con la preeminencia de uno de los dos aspectos (voluntad de controlar parcialmente o voluntad de obtener ingresos financieros), puesto que ambos factores afectan, a su vez, los incentivos tanto de la adquirente como de aquella en la que se adquiere el interés parcial.

Para el Derecho de defensa de la competencia, el problema reside en cómo la participación parcial se traduce en control o influencia decisiva, actual o potencial, y qué traducción, a su vez, tiene dicha influencia en los términos de competencia efectiva de un mercado relevante dado. Para ello, se debe recorrer un camino de examen en el que se valoran dos cosas: *participación/control e influencia/efectos*. En qué sentido se recorra dicho camino afecta decisivamente a la definición del tema en sí; si nuestro acento se pone en los efectos, las formas participativas, su cuantificación y su acomodo en la norma importarán siempre menos que aquéllos.

En Estados Unidos la adquisición del control se examina en cuanto a los efectos de la transacción. La *Section 7* de la *Clayton Act* contempla la adquisición de parte o del todo de una empresa cuando el efecto de dicha adquisición pudiera ser *substantially lessen competition*, aunque el análisis de las autoridades es más matizado en cuanto a efectos cuando la adquisición lo es "*solely for investment*"<sup>30</sup>. La Hart Scott Rodino (HSR) que desarrolla la Sección 7 de la *Clayton Act* estableció los requisitos de *size of transaction* y *size of person* como desencadenantes de la obligación de notificar a las agencias una transacción, con excepción de aquellas que se configuren como un *passive investment of 10 por 100 or less of an issuer's voting securities*, lo que se configura como una exención

<sup>29</sup> Por ejemplo, las empresas conjuntas incorporan simultáneamente multitud de aspectos de interés puramente parcial y reglas de control entre las participes en ellas.

<sup>30</sup> Excepción establecida en la Sección 7 de la *Clayton Act*. La excepción se refiere a la adquisición de capital «*solely for investment and not using the same by voting or otherwise to bring about, or in attempting to bring about, a substantial lessening of competition*».

de facto para este tipo de participaciones<sup>31</sup>. La normativa norteamericana se dirige a la constatación y evaluación de efectos, pero ofrece una exención (intencional) con un *benchmark* cuantitativo<sup>32</sup>. No sólo la Clayton y la HSR analizan el tema, sino que éste se encuentra reflejado en las *Antitrust Guidelines For Collaboration Among Competitors* de abril de 2000<sup>33</sup>. Esto implica que los problemas de las participaciones minoritarias tienen un tratamiento uniforme: la razón es obvia, pues se reconoce que, atendiendo a la estructura de la transacción, una adquisición parcial de capital puede reducir la competencia mediante la capacidad de la adqui-

<sup>31</sup> La definición es la siguiente [Section 801.1(i) (1) of the Rules, 16 CFR § 801.1(i) (1)]: «*Voting securities are held or acquired "solely for the purpose of investment" if the person holding or acquiring such voting securities has no intention of participating in the formulation, determination, or direction of the basic business decisions of the issuer*». La interpretación es estricta: ver recientemente *us vs. Bill Gates* (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/gates.htm>) y el asunto *us vs. Manulife* (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/manulife.htm>). Es interesante transcribir las razones por las cuales el DOJ no consideraba que había un «objetivo de inversión» en este último caso: «*At the time it made those acquisitions in the spring of 2003, Manulife was considering a Manulife-John Hancock combination, and its intent was not "solely" for the purpose of investment, as evidenced by several factors, including: (i) the companies were competitors who had previously discussed the possibility of combining in November 2002; (ii) Manulife's CEO contacted John Hancock's CEO regarding a possible business combination in April 2003; (iii) in early July 2003 the CEOs of both Manulife and John Hancock held preliminary conversations regarding a potential business combination, which led to an agreement by the companies to merge that was announced on September 28, 2003; and (iv) the statement by John Hancock's CEO in a September 29, 2003 conference call with investors that the merger agreement with Manulife "was not a sudden engagement"*».

<sup>32</sup> El juego de ambas normas es, por supuesto, más complejo. La exención no se satisfará en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando pueda acceder el adquirente a información de carácter sensible o cuando se lleve a cabo con la intención de adquirir en el futuro influencia decisiva o control completo. Bajo nuestro punto de vista es muy compleja la determinación probabilística de cuánta influencia pudiera tener en el futuro el adquirente de una participación que no confiera control en el presente. En todo caso, la aplicación del examen por los efectos (y téngase en cuenta que las agencias pueden perseguir operaciones que no estén sujetas a notificación bajo la misma Sección 7 de la *Clayton Act*) abarca operaciones que *prima facie* no hubieran sido objeto de obligación de notificación en nuestro sistema. Los casos más relevantes en Estados Unidos en los últimos años son la adquisición por parte de Gillette del 22,95 por 100 del capital sin derecho a voto de Wilkinson y de un 13,6 por 100 de su deuda o la operación de fusión Time Warner-Turner Broadcasting, que le permitió a TCI, competidor de Time Warner en distribución de contenidos televisivos por cable, la posesión de un 9 por 100 de ésta. Otros casos interesantes en Estados Unidos son, por ejemplo, *United States vs. ATT & Corp y TCI Corp*, en el cual la autoridad americana objetó bajo la Sección 7 de la *Clayton Act* la adquisición indirecta de una participación del 23 por 100 en un competidor sin derecho de control alguno. Ver también *United States vs. Northwest Airlines y Continental Airlines* impugnando una transacción compleja de adquisición de un 14 por 100 de capital y derechos de voto por encima del 50 por 100, pero sometidos a restricción de ejercicio temporal mediante un acuerdo de gobierno corporativo formalmente dirigido a proteger a los accionistas minoritarios. Otros casos de participación parcial son *NewsCorp/Direct TV* o *Univision/Hispanic Broadcasting*.

<sup>33</sup> «3.34(C) *Financial Interests in the Collaboration or in other Participants. The Agencies assess each participant's financial interest in the collaboration and its potential impact on the participant's incentive to compete independently with the collaboration. The potential impact may vary depending on the size and nature of the financial interest (e. g., whether the financial interest is debt or equity). In general, the greater the financial interest in the collaboration, the less likely is the participant to compete with the collaboration. The Agencies also assess direct equity investments between or among the participants. Such investments may reduce the incentives of the participants to compete with each other. In either case, the analysis is sensitive to the level of financial interest in the collaboration or in another participant relative to the level of the participant's investment in its independent business operations in the markets affected by the collaboration*».

rente de incrementar precios o reducir *output* debido a la influencia que adquiere sobre la adquirida, o la alteración de los incentivos de la adquirente para competir con la adquirida debido al interés económico en esta última. La resolución de estos problemas es similar: desinversiones o limitaciones de conducta si son posibles.

El art. 3 del Reglamento 139/2004 parte de un punto de vista distinto: entiende las concentraciones como una categoría propia en función de un requisito formal, la modificación con carácter duradero del control de una empresa, y las somete a una evaluación *ex ante* con carácter especulativo de sus efectos bajo un test legal referido a la obstaculización significativa de la competencia efectiva. La participación no de control no tiene cabida en este régimen, al menos inicialmente, excepto en la medida en que se pregunta sobre ella (también con el límite inferior del 10 por 100) en el Formulario CO<sup>34</sup>, junto con la existencia de representación en los órganos de administración de empresas activas en el mercado y en que, como hemos visto, a veces su desaparición o limitación se configura como remedio a un problema de competencia.

El problema que se analiza bajo ambas normativas es el mismo y, sin embargo, pueden tener un tratamiento diferente, pues, por su propia naturaleza, el análisis incipiente de una transacción es diferente a aquel que se produce bajo una norma prohibitiva. Claramente el problema no se refiere al examen de la superación de un umbral cuantitativo y en este caso ambas normativas reconocen la imposibilidad de tal formulación aun cuando se establezcan reglas de excepción del estilo “por debajo de x” que luego se restringen en el caso concreto<sup>35</sup>. El error en nuestra opinión es el estudio de la forma de adquisición de control para determinar si se da una obligación de notificación: pero incluso si se aceptara, por conveniencia práctica, el mantenimiento de un sistema basado en que debe haber adquisición de control para que haya examen como si fuera una concentración, en determinados casos, cuya definición se lleva a cabo en el siguiente apartado, el examen de los efectos debe llevarse a su última *ratio* y enmarcarse dentro del modelo de examen propio de las operaciones de concentración normales. Esos casos al menos no deberían tratarse como un problema de los arts. 81.1 u 82.

<sup>34</sup> Sección 4.2.1 del Formulario CO aprobado por el Reglamento 802/2004.

<sup>35</sup> En términos generales, la formulación cuantitativa de cuándo existe o no control no es racional incluso si se admite que una autoridad está legitimada para disponer de forma eficiente de sus recursos. Ocurre que la preocupación se centra en un porcentaje u otro de control adquirido, semeja el problema que formulaba en sus paradojas Zenón de Elea en el siglo V a. C. La primera paradoja de Zenón es la de la *dicotomía* y negación del movimiento. En ella se niega el movimiento: «No hay movimiento porque para que algo recorra un espacio, debe primero llegar a la mitad (1/2), después a los 3/4, después a los 7/8, después a los 15/16, después a los 31/32 y así indefinidamente». Según esta paradoja nunca alcanzaríamos el final. Evidentemente *hay un error en el razonamiento*, que es suponer que se necesita un tiempo infinito para recorrer una distancia finita, dividida en un número infinito de trozos. Con el análisis cuantitativo ocurre lo mismo: ¿por qué sí por encima del 10 por 100 pero no un 9 por 100 en un duopolio?; ¿por qué no extender la exención de facto hasta porcentajes más altos? Un porcentaje de un competidor puede significar cosas distintas en función de las circunstancias y los efectos deben analizarse de igual modo. La formulación cuantitativa, si se extiende, podría llegar a negar, por sí misma, la existencia de efectos de la participación.



La razón es que cualquier interés contenido en una operación de participación parcial afecta a los incentivos de precio del adquirente<sup>36</sup> (debe maximizar sus beneficios y el beneficio del porcentaje  $x$  de que disponga en la otra empresa) y, por ende, al comportamiento de la firma adquirida. Creemos posible y necesario objetivar esos incentivos respecto a determinados casos.

### C. DIFICULTADES A LA HORA DE SOLUCIONAR EL PROBLEMA

Como antes señalábamos, en el régimen comunitario europeo de competencia se remiten los casos de participación parcial al análisis bajo los arts. 81(1) y 82. Es decir, se consideran conductas que pueden constituir en un acuerdo restrictivo de la competencia o el posible abuso de una posición de dominio en el mercado relevante.

La remisión en bloque de estas situaciones provoca más problemas de los que soluciona, puesto que es inadecuada bajo una doble perspectiva: *a*) las dificultades de los elementos de análisis de dichos artículos para dar una respuesta eficaz a los problemas que la institución provoca (las llamamos razones endógenas), y *b*) la existencia de elementos de estructura en determinados sectores industriales que influyen en que los efectos de una situación de participación parcial sean bien previsibles bien objetivamente analizables bajo un marco más parecido al de las operaciones de concentración (razones exógenas)<sup>37</sup>.

Respecto de los factores exógenos, en primer lugar, la bondad de la remisión vendría a estar correlacionada, fundamentalmente, con la naturaleza de la competencia en el mercado en cuestión y con el tipo de empresa (adquirente y adquirida). Las situaciones de participación parcial pueden considerarse, más que acuerdos restrictivos en sí mismos, como factores facilitadores estructurales y de conducta para determinar el resultado colusorio en un mercado<sup>38</sup>. En efecto: mejoran los elementos de coordinación, operan como instrumento de intercambio informativo, sirven al fin de monitorizar la conducta de los competidores, mejoran la transparencia y la predecibilidad de resultados futuros, etc.

Mejoran, por tanto, las condiciones para la existencia de colusión tanto tácita como explícita. La diferencia entre ambas formas de alcanzar resul-

<sup>36</sup> Quizá el verdadero problema del modelo de análisis es que suele centrarse en los incentivos de la adquirida y no de la adquirente, mucho más significativos a la hora de determinar efectos en el mercado.

<sup>37</sup> Si la participación parcial tiene efectos sobre el comportamiento (conductas) en el mercado al menos en el plano de los incentivos sobre aspectos como el precio, también puede evaluarse el contenido estructural de esa conducta desde un punto de vista especulativo, aunque ello se haga a costa de la quiebra en la consideración de la adquisición de control como único elemento que provoca el análisis *ex ante* y necesidad de atender a otros hechos desencadenantes que recojan la verdadera riqueza de situaciones que se producen en sectores industriales o de servicios.

<sup>38</sup> La colusión, en sentido económico, es un resultado de la interacción en el mercado (los precios son mayores de lo que deberían ser y semeja la situación que se deriva de un monopolio).

tados colusorios, como sabemos, reside en la existencia de coordinación (interna o a través de mercado)<sup>39</sup>. Cuando una empresa participa en otra, sus ingresos vienen determinados por el beneficio propio del mercado y los retornos financieros de su inversión, lo que hace automática la coordinación, al menos parcial.

De igual modo, si bien la colusión tácita no constituye un resultado necesario de la interacción estratégica en mercados oligopolísticos, sino que depende del plazo al que se compita<sup>40</sup>, la solución que se deriva de esta situación es mucho más “estable”, en sentido de idoneidad, para sostener una solución colusoria de este tipo, los “acuerdos” son más creíbles y los incentivos a violentarlos más reducidos; todo ello debido, entre otros factores, a que hace más “comunes” o simétricos los intereses de las empresas y a que la violación del acuerdo tácito es más complicada fundamentalmente para la empresa adquirida en este contexto<sup>41</sup>.

En este sentido los supuestos específicos en los que las características estructurales o de conducta exigirían un análisis *ex ante* bajo los elementos formales propios de las operaciones de concentración pueden extenderse a los siguientes casos:

— En función del grado de cercanía de las empresas (adquirente y adquirida)<sup>42</sup>.

— En función del grado de concentración preexistente del sector o la declaración previa de existencia de dominancia conjunta.

— En función del efecto previsible de la adquisición sobre las perspectivas de los accionistas minoritarios.

— En función de los elementos esenciales de conducta en los mercados: por ejemplo, siempre que se produzca en *bidding markets*.

— En supuestos de compañías sin control previo o con *shifting shareholders* o un alto número de participantes.

— En función de la historia de adquisiciones previa: por ejemplo, toda segunda participación en diferentes empresas de un mismo sector, independientemente de las características del adquirente<sup>43</sup>.

— En todo caso en que se produzca la adjudicación a un tercero de la posición en un competidor (a raíz de una desinversión, por ejemplo) y el tercero sea un competidor, aunque no esté presente en el mercado geográfico.

<sup>39</sup> La adquisición de participación parcial es una fórmula de coordinación a través del mercado. La doctrina económica ha elaborado instrumentos para cuantificar los efectos competitivos de los intereses parciales: el *price pressure index* (PPI), o el *modified HHI* (Salop & Bresnahan).

<sup>40</sup> Los acuerdos colusorios no serían sostenibles cuando el mercado opera bajo un horizonte temporal limitado (la competencia generalizada en estos mercados es un equilibrio de Nash). En contextos más realistas (juegos repetidos con horizonte ilimitado), el resultado es que cuando los mercados operan de forma repetida la colusión sí es posible (no necesaria).

<sup>41</sup> Influye en el incremento de la transparencia en términos como el *price setting* y los intercambios informativos. Es decir, hace más observable la conducta del competidor.

<sup>42</sup> Si las ventas perdidas por la adquirente se desplazan hacia la adquirida, entonces a la adquirente siempre le interesará subir precios, independientemente de lo que haga la adquirida.

<sup>43</sup> Casos de adquisiciones por parte de sociedades de *private equity* y de capital riesgo o entidades financieras.

— En operaciones de carácter vertical que incorporen alguno de los elementos señalados antes o siempre que los grados de concentración o dominancia conjunta en dichos segmentos sean mayores que en el plano horizontal.

En todos estos supuestos, reconociendo en algunos casos las dificultades de categorizar formalmente los tipos de transacción, sería deseable que el control fuera incipiente. Porque desde el punto de vista de la aplicación de los arts. 81.1 y 82 a las participaciones parciales es complejo extraer conclusiones sólidas sobre los precedentes existentes<sup>44</sup>, sobre todo a la vista de las incertidumbres que crea la eliminación del procedimiento de exención. La situación actual es que, en principio, adquirir una participación parcial en una empresa no competidora no debería ser objeto de los arts. 81.1 y 82, excepto cuando haya relaciones similares a nivel vertical y dicha participación pueda servir como instrumento de exclusión o de obtención de trato discriminatorio.

La adquisición de participaciones minoritarias en competidores, aparte de la dificultad de categorizar dichas adquisiciones como un acuerdo<sup>45</sup> y de que resulta difícil anticipar en qué casos la Comisión puede decidir intervenir conforme al nuevo marco de aplicación<sup>46</sup>, no tiene reglas tan claras de cuándo y en qué circunstancias dicho comportamiento puede ser o no contrario a las normas de competencia.

En términos muy generales, una participación de menos del 10 por 100 sin representación ni derecho alguno que permita “por cualquier medio” influir en la conducta de la empresa competidora no debería ser objeto del art. 81.1. Pero debe tenerse en cuenta que las participaciones parciales que no impliquen representación en los órganos de administración de una empresa pueden ser objeto del art. 81.1 si, atendiendo a la estructura del mercado, dicha representación, por cualquier razón, no es precisa para poder influir materialmente en la conducta comercial de la participada. En estos casos la participación formalmente pasiva pue-

<sup>44</sup> Mecaniver/PPG (DOCE, núm. L35/54, 1985) (participación minoritaria no da la posibilidad de influencia por el control efectivo de otros accionistas y existencia de opción de compra de la minoritaria); Enichem/ICI (DOCE, núm. L 50/18, 1988) (exención de acuerdo de restructuración con la condición de desinversión en filial de un competidor y no ejercicio de un derecho de voto mientras se lleva a cabo); BT/MCI II (DOCE, núm. L 223/36, 1994) (20 por 100 del capital no es suficiente para ejercer influencia y compromiso de no pretender acceso a información sensible); Olivetti/Digital (DOCE, núm. L 309/24, 1994) (un 8 por 100 y representación en el consejo en el contexto de acuerdos comerciales aceptado porque el consejo no discutía sobre desarrollos de producto o política de precios); Anglo American Corp/Lonrho (DOCE, núm. L 149/21, 1998) (mercado oligopolístico aceptación de una participación reducida al 9,99 por 100).

<sup>45</sup> El concepto, de acuerdo con el sentido del art. 85, apartado 1, del Tratado, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre, por lo menos, dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades. Apartado 69, STPI T-41/96, Bayer. Ver el apartado 134 del Libro Verde de reforma de control de concentraciones respecto a adquisiciones soterradas.

<sup>46</sup> En general no está claro que el coste de intervenir *ex post* e imponer un remedio estructural bajo el art. 7 del Reglamento 1/2003 sea inferior al examen de estas operaciones bajo un sistema de control preventivo.

de no serlo por razón de los incentivos de la adquirente respecto de la adquirida.

La participación parcial en un competidor con acceso a los órganos de administración puede, en general, ser objeto de tratamiento bajo el art. 81.1, ya que normalmente ello permite acceso a información que se tendrá en cuenta de forma inevitable para adaptar la conducta en el mercado. En estos casos es preciso ser escéptico respecto a los remedios de conducta que supongan un compromiso de no acceso a dicha información, ya que no es verificable. El análisis debería ser, como decimos, el mismo que aquel que se lleva a cabo en concentraciones horizontales normales (si la participación parcial produce efectos unilaterales o coordinados que obstaculizan la competencia de forma significativa), ya que en estos casos resulta un análisis parcial atender solamente a la conducta de la adquirida<sup>47</sup>.

### 3. LA EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE CONTROL Y LA ACTUACIÓN CONCERTADA EN LA NORMATIVA DE MERCADO DE VALORES

La Comisión ha rechazado que el concepto de control a efectos de control de concentraciones se vea afectado por las normativa nacional que, con cualquier objeto, aprecie la existencia de control<sup>48</sup>. Por lo tanto, el concepto de control tiene una vocación limitada a la determinación de la existencia de una operación de concentración. Sin embargo, es evidente que la apreciación de la existencia de control es relevante respecto a normas ajenas a la defensa de la competencia y que, por lo tanto, interesa examinar qué relaciones existen entre unas y otras.

Existen múltiples normas sectoriales que tratan el fenómeno de control de forma diferente dependiendo de su objeto<sup>49</sup>. En lo que aquí nos

<sup>47</sup> Si el incentivo de la adquirente derivado de una participación parcial es el incremento de precios, lo que hay que examinar es si dicho incentivo se traslada a las adquiridas o, cuando menos, hace menos rentable la bajada del precio.

<sup>48</sup> Apartado 17 de la Comunicación sobre el concepto de concentración. En la Decisión Anglo-American/Lonrho (*DOCE*, núm. L 149/21, 1998), se argumentaba que una participación del 27 por 100 no daba lugar a la existencia de control a efectos del *Takeover Code* británico. La Comisión sostuvo que «*this argument cannot be accepted since the 30 por 100 threshold is not the relevant test for the purpose of assessing control under the Merger Regulation nor is it necessary for a shareholder to make a general bid for a company in order to acquire control within the meaning of the Merger Regulation*».

<sup>49</sup> Por ejemplo, arts. 77 de la Ley 48/2003, de Puertos (incompatibilidades respecto a la influencia dominante en empresas que operan en el mismo puerto); 234 de la Ley de Contratos Públicos (definición de sociedades vinculadas a efectos de ofertas en contratos de obras), etc. El supuesto más interesante que merece un tratamiento individual es el de las reglas establecidas en el art. 34 del Real Decreto-ley 6/2000, respecto a los “operadores principales” en determinados mercados. En este caso, la CNE ha llevado a cabo una interpretación muy amplia sobre los riesgos que se derivan de una participación parcial respecto a la posibilidad de que exista un riesgo de intercambio de información privilegiada y/o riesgo de coordinación lugar a la coordinación competitiva entre empresas energéticas a través de la existencia de participaciones cruzadas (Resolución CNE AEVI/2001,

interesa, las normas de Derecho de sociedades relativas a la determinación de la existencia de un grupo de sociedades (arts. 87 LSA, 10 LRSL o 4 LMV) se remiten a qué supuestos permiten presumir que una sociedad dominante controla a otra u otras y forma grupo o unidad de decisión con ellas, en ocasiones con remisión expresa al art. 42 del Código de Comercio. Esta disposición, central a la comprensión de la existencia de un grupo de sociedades, ha sido recientemente modificada<sup>50</sup>, estableciendo reglas de presunción de la existencia de unidad de decisión que abarcan tanto el control interno respecto de una sociedad, como el control que se ejerce por cualquier medio sobre su conducta o actuación. De lo que se trata es determinar (o poder presumir) que una empresa controla a otra en el sentido de poder ejercer una influencia “dominante” de lo que se extrae una determinada obligación o consecuencia. Pues bien tener en cuenta «cualquier medio de ejercicio de influencia dominante»<sup>51</sup> es en principio equivalente, en nuestra opinión, a tener en cuenta cualquier elemento de hecho o de derecho que permita el ejercicio de una influencia decisiva en la conducta de una empresa. De esta forma, existe cierta comunión entre los elementos que pueden tenerse en cuenta para la apreciación de la existencia de un control exclusivo en Derecho

Solicitud de La Caixa al amparo del art. 34.5 del Real Decreto-ley 6/2000, y ver «Criterios Empleados por la CNE», para la aplicación del art. 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, a los Sectores Energéticos). Por otro lado, la definición de operadores principales y de los grupos a los que pertenecen no ha sido consistente: en algunos casos se utiliza un concepto de control similar al del Derecho de competencia, que atendiendo al objeto de la norma parece lo más razonable, mientras que en otros se atiende a la mera existencia de “grupo” formalmente, considerando a empresas que mantienen una evidente relación de influencia significativa de forma separada simplemente porque no existe una obligación de consolidación.

<sup>50</sup> Art. 106.2 de la Ley 62/2003 (Ley de Acompañamiento) y de aplicación respecto de las cuentas que deben formularse a partir del 1 de enero de 2005: «... En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socia de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

2. Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta».

<sup>51</sup> El art. 87 LSA ya establecía la posibilidad de atribuir una influencia dominante «por cualquier medio» anticipándose a la reciente reforma del art. 42 del Código de Comercio.

de la competencia (incluyendo los supuestos de control exclusivo de facto, pues éstos también permiten la presunción de que existe una “dirección única”), y aquellos que pueden ser trasladados a la determinación de la existencia de un grupo de sociedades a cualquier efecto, si bien, obviamente, no debe confundirse el examen de la “adquisición” de control exclusivo con la presunción de que existe una dirección única.

Cuestión mucho más dudosa es dicha aplicación abarca a todos los supuestos que permiten el ejercicio de control exclusivo bajo el Derecho de la competencia. Por ejemplo, la mera probabilidad del ejercicio de una opción de compra no puede constituir un elemento que permita presumir la existencia de una unidad económica, mientras que su existencia, junto con otros elementos, es relevante para el Derecho de la competencia. Más interesante resulta el supuesto de control por un único accionista mediante derechos de veto<sup>52</sup>. El ejercicio de un derecho de veto no parece equivalente a un derecho de gestión o de dirección como se desprende del mantenimiento del «derecho a dirigir las actividades de la empresa» como elemento cualitativo que obliga a la inclusión del volumen de negocios con relación al “grupo” de la empresa afectada [art. 5.4.b).iv del Reglamento 139/2004]<sup>53</sup>. En estos casos es discutible que el mero veto permita presumir que se forma una unidad económica con la empresa en la que dicho derecho de veto se ejerce.

Ahora bien, lo que parece difícilmente trasladable es el concepto de control conjunto tanto para la determinación de la existencia de un grupo, como en lo que respecta al objeto de apreciar la existencia de una actuación concertada. En nuestra opinión, puede existir control conjunto bajo el Derecho de la competencia que no constituya actuación concertada bajo la normativa del mercado de valores. El concepto de control conjunto en el Derecho de la competencia está caracterizado por la posibilidad de ejercer una influencia significativa sobre la conducta competitiva de la empresa conjunta por parte de las dos o más empresas que ejercen el control conjunto, y se centra en la necesidad de llegar a un acuerdo dada la posibilidad individual de cada uno de ellos de ejercer un derecho de veto sobre decisiones relevantes para dicha conducta. Por el contrario, la normativa del mercado de valores emplea el concepto de concertación para imputar a un solo socio el control indirecto de la sociedad participada a través de su concierto con otro u otros socios, de modo que ese concierto es accesorio a la definición de la existencia de un grupo societario en el que aparece como sociedad dominante, por definición única, la empresa con la que otros conciertan, en interés de aquélla, el ejercicio de sus derechos políticos.

En efecto, el art. 42 del Código de Comercio (al que se remite el art. 4 LMV) no contempla este supuesto: se refiere a una “sola” sociedad

<sup>52</sup> Apartado 39 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

<sup>53</sup> El criterio cualitativo se ha mantenido en el Reglamento 139/2004, pues es lógico que se añada el volumen de negocios de las empresas controladas conjuntamente por la afectada. Sin embargo, como decimos, no está para nada claro que el derecho de veto sea equivalente a la dirección de la gestión, por lo que este criterio complica el cálculo de volúmenes de negocios.

que domina a otra o otras sociedades. La adquisición de la mayoría de derechos de votos de una sociedad mediante un acuerdo con otros socios contemplado en el art. 42.1.c) se refiere al modo de adquisición del control de una sociedad sobre otra, no a que dos sociedades o más controlen conjuntamente a la dominada.

El art. 4 LMV no puede extenderse a una situación de control conjunto a efectos de Derecho de la competencia sobre la base de hacer equivalente la actuación concertada al control conjunto en competencia. Ello es así porque esta disposición presupone siempre que existe una sociedad dominante que forma una unidad de decisión (influye decisivamente) sobre otra sociedad. La actuación concertada a la que se refiere es auxiliar a la determinación de los derechos de la sociedad dominante<sup>54</sup>. No puede haber una pluralidad de personas jurídicas en el sujeto dominante<sup>55</sup>, pues, en este caso, no podría existir un grupo de sociedades que conjuntamente constituyeran una unidad de decisión. Que el objeto del examen del “tipo de control” sea el mismo (determinar si existe influencia decisiva o dominante) no supone que pueda construirse un grupo de sociedades sobre la base del “tipo” de control conjunto recogido en las normas de competencia.

Si esto es cierto respecto al art. 4 LMV también lo es respecto a otra normativa de desarrollo de la LMV. Así, en el Real Decreto 377/1991, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas, se establece que la celebración de acuerdos con otros accionistas en virtud de los cuales las partes quedan obligadas a adoptar, mediante el ejercicio concertado de los derechos de voto, una política común duradera, en lo que se refiere a la gestión de la sociedad, «se asimilará a una adquisición de acciones». Pero ello significa que existe una empresa “adquirente” obligada a comunicar la participación significativa y una relación de dependencia o subordinación entre dicha empresa y el socio con el que se concierta. Lo mismo sucede en el art. 2 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre ofertas públicas de adquisición de valores, para considerar poseídas o adquiridas «por una misma persona física o jurídica» las acciones adquiridas por las entidades de un mismo grupo «y por las demás personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta o de forma concertada con aquélla», que es la sociedad dominante, a la que únicamente se le imputa la participación significativa.

La nueva regulación de los pactos parasociales en el art. 112 LMV (Ley 26/2003, de 17 de julio, de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas) tampoco modifica esta apreciación. Los pactos parasociales, definidos como aquellos relativos a la regulación del ejercicio del derecho de voto en las Juntas Generales o que restrinjan o condi-

<sup>54</sup> De hecho, la referencia al dominio “indirecto” en el primer párrafo hace innecesaria la referencia a actuación concertada. Ver EMBID IRUJO, *La problemática de grupos*, al hablar del art. 42 CC en relación al anteproyecto de la LSRL.

<sup>55</sup> Por ejemplo, MARTÍNEZ MACHUCA, *El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades* y doctrina citada.

cionen la libre transmisibilidad de las acciones, no son pactos que de por sí indiquen control conjunto sobre dichas sociedades. De hecho, la Comisión ha considerado expresamente que el compromiso de mantener un determinado porcentaje del capital en una sociedad o limitar el ejercicio de los derechos de voto a un determinado porcentaje no indican la adquisición de control conjunto<sup>56</sup>. En todo caso, esta Ley no modifica ni el régimen de comunicación e imputación individual de participaciones significativas, ni la obligación individual de formular ofertas públicas de adquisición de acciones, ni el régimen de consolidación de los grupos de sociedades.

La conclusión es que, al menos por el momento, el control conjunto es ajeno al Derecho del mercado de valores, como confirma también el Real Decreto 432/2003, de 11 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1197/1991, de OPAS. Este último considera como supuesto excluido de la obligación de formular OPA «*aquellas adquisiciones en las que, tratándose de una situación que haya sido calificada por el Servicio de Defensa de la Competencia como de control conjunto de la sociedad por parte del adquirente, de acuerdo con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, concurren simultáneamente*» determinadas condiciones que no vienen al caso. Así que si la utilización del concepto de control conjunto sirve para excluir la obligación de formular una OPA, entonces el control conjunto no puede suponer la concertación de derechos políticos que permita “añadir” participaciones que justifiquen la obligación de formular una oferta.

#### 4. LAS RELACIONES INTRA-GRUPO

La existencia de unidad económica excluye la aplicación de los arts. 81.1 del Tratado y 1 de la Ley 16/1989, debido a la inexistencia de acuerdo. De lo que se trata en este tipo de relación es de que la empresa en cuestión no «determine de forma autónoma su comportamiento en el mercado»<sup>57</sup>. Ello implica que, a salvo de la aplicación de los arts. 82 del Tratado o 6 de la Ley 16/1989<sup>58</sup>, la naturaleza restrictiva de los acuerdos es irrelevante, ya que se presume que no existe competencia entre las empresas que forman dicha unidad, de la misma forma

<sup>56</sup> La Comisión ha considerado que el compromiso de Telefónica de no ejercer derechos políticos por encima de un determinado porcentaje en el capital de Sogecable no indica que Telefónica haya adquirido, junto con otros elementos, control conjunto que diera lugar a una operación de concentración. Ver nota de prensa de Sogecable de 14 de marzo de 2003 y comunicación de hecho relevante de ambas sociedades a la CNMV el 29 de enero de 2003.

<sup>57</sup> SSTJCE asunto 48/69, ICI (*Rec.*, 1972, p. 619); asunto 66/86, Ahmed Saeed (*Rec.*, 1989, p. 803), y STPI asunto T-102/92, Viho (*Rec.*, 1995, p. II-17). Ver Resoluciones del TDC R. 203/97, Sepia/Iberia; R. 408/00, Góndolas, y R. 467/01, Caja Madrid/Ausbanc. Ver Sentencia del TS de los Estados Unidos, *Copperweld*, 467 US 752 (1984).

<sup>58</sup> Un supuesto interesante es *Interbrew Informe XXVI*: objeción bajo el art. 82 a un sistema de protección de la posición dominante en el mercado belga relativo a las ventas de las filiales en otros países dirigidas al mercado dominado.



que no existe una operación de concentración cuando el acuerdo da lugar a la mera redistribución de valores o activos entre las sociedades de un mismo grupo, por cuanto no existe modificación de la estructura de control. La independencia no se predica en atención a la forma o personalidad jurídica de las empresas, sino en atención a si estas últimas funcionan en la realidad del mercado como una unidad económica. Así, una empresa que carezca de autonomía real para determinar su comportamiento en el mercado y ejecute las instrucciones dadas por su matriz en el marco de un acuerdo con esta última no es empresa independiente.

En principio, la aplicación de la doctrina intra-grupo no se aplica solamente a relaciones matriz con su filial. Se aplica también a acuerdos entre la empresa y sus empleados o divisiones o a acuerdos entre dos filiales controladas por la misma empresa<sup>59</sup>, incluso cuando el porcentaje de participación es diferente. También existen precedentes que indican que dos empresas controladas por las mismas personas no pueden alcanzar acuerdos sometidos a las normas de competencia: «*there is no relevant difference between a corporation wholly owned by another corporation, two corporations wholly owned by a third corporation or two corporations wholly owned by three persons who together manage all affairs of the two corporations*»<sup>60</sup>.

Lógicamente no existen reglas objetivas respecto a qué nivel de participación en el capital y derechos de voto permite, en su caso, asegurar que existe unidad económica. En principio, derechos de voto por encima del 50 por 100 deben asegurar la existencia de dicha unidad económica, pues la razón de ser es que la empresa que controla la participación pueda actuar en cualquier momento para alterar el comportamiento de la controlada. En este aspecto, los elementos de control exclusivo pueden permitir apreciar la existencia de unidad económica<sup>61</sup>.

El principio de unidad económica no debe interpretarse en el sentido de que deba existir siempre una unidad de actuación. Es decir, pueden existir intereses contradictorios dentro de la unidad. La cuestión, dudosa, es si la unidad económica debe predicarse de la totalidad de las facetas de la relación entre las diversas partes que componen dicha unidad o limitarse al contenido material de la “instrucción” (acuerdo) que se examina<sup>62</sup>. En nuestra opinión, si no existe capacidad general para intervenir directamente en la conducta de las partes no puede haber unidad económica, si bien es de reconocer que esta cuestión puede tener ciertas excepciones respecto a determinados tipos de acuerdos colectivos.

<sup>59</sup> *Directory Sales vs. Ohio Bell*, 833 F. 2d 6065; *Eichorn vs. AT&T*, 248 F3d 131.

<sup>60</sup> *Century Oil Tool*, 737 F. 2d 1316, 1984.

<sup>61</sup> Ver asunto T-145/89, *Bauhstahlgewebe (Rec.)*, 1995, p. II-987).

<sup>62</sup> Por ejemplo, *Chicago Professional Sports*, 95 F. 3d 593, no excluyendo que la NBA actúe como unidad económica cuando vende derechos en competencia con otros oferentes de entretenimiento, pero no así respecto a limitaciones a los jugadores que no tienen otra posibilidad de mercado. El tratamiento en nuestro Derecho es diferente, pues la venta conjunta de derechos puede estar sometida al art. 81.1 o al art. 1 LDC.

La situación es también compleja cuando la relación de “dependencia” a la hora de suscribir un acuerdo parte de la existencia de un control conjunto y no un control individual. En efecto, si el acuerdo que se examina es entre una sociedad controlada conjuntamente con una de las sociedades que la controla parcialmente, resulta que no existe “unidad económica” alguna entre ambas, por lo que dicho acuerdo estaría sometido a las normas de competencia<sup>63</sup>. La existencia de derecho de veto no es suficiente para convertir a la empresa conjunta en una unidad económica con el titular de dicho derecho de veto<sup>64</sup>. Parece, pues, que el control conjunto es incompatible con la doctrina intra-grupo, siendo lo lógico que las relaciones de competencia existentes entre las sociedades y sus filiales controladas conjuntamente se sometieran al análisis tradicional de acuerdo cooperativo de empresas conjuntas y, en particular, y exclusivamente, cuando la empresa conjunta sea de plenas funciones<sup>65</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- BESEN, MURDOCH, O'BRIEN, SALOP y WOODBURY, «Vertical and horizontal ownership in cable TV: time warner-turner», en J. KWOKA y L. WHITE (eds.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition And Policy*, 1996.
- BRIONES, J.; FOLGUERA, J.; FONT, A., y NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Union Europea*, 1999.
- COMUNIDAD EUROPEA, *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas*, 2004/C 31/03.
- DESAI, FRITZ, FOLEY y HINES, *International joint ventures and the boundaries of the firm*, Working Paper 9115, NBER, agosto de 2002.
- FARRELL, J., y SHAPIRO, C., «Asset ownership and market structure in oligopoly», *Rand Journal*, núm. 275, 1990.
- GILO, D., «The anticompetitive effect of passive investment», *Michigan Law review*, vol. 99:1, octubre de 2000.
- HARBAUGH, R., *Equity stakes and hold-up problems*, Claremont Colleges Working Papers in Economics, septiembre de 2001.
- JENSEN, M. C., *The efficiency of takeovers*, The Corporate Board, septiembre de 1985.
- MALUEG, D. A., «Collusive behaviour and partial ownership of rivals», *Int'l Journal of Industrial Organization*, núm. 10, 1992.
- MANNE, H., «Mergers and the market for corporate control», *Journal of Political Economy*, núm. 73, 1965, pp. 110-120.

<sup>63</sup> Hay precedentes de acuerdos entre matrices y filiales conjuntas que indican la probable aplicación del art. 81.1 del Tratado. Por ejemplo, en Gosme/Martell-DMP la Comisión Europea aplicó el art. 81.1 a un acuerdo entre Martell y DMP, siendo esta última una empresa controlada al 50 por 100 por Martell y Piper.

<sup>64</sup> Fibras Opticas (DOCE, núm. L 236/30, 1986).

<sup>65</sup> En caso contrario no tiene sentido evaluar el efecto de la pérdida de competencia entre una empresa conjunta parcial y una de sus matrices. Por otro lado, en los casos de control conjunto en los cuales existe un pacto expreso respecto a la conducta específica de la sociedad controlada en el mercado que contemple específicamente el acuerdo en cuestión podría sostenerse que la aprobación de dicho acuerdo “incluye” el examen de los efectos en la competencia de las relaciones con la filial.

- O'BRIEN, D. P., y SALOP, S. C., «Competitive effects of partial ownership: financial interest and corporate control», *Antitrust Law Journal*, vol. 67, 2000, pp. 559 ss.
- PAREDES, T., *The Firm And The Nature Of Control: Toward A Theory Of Takeover Law*, Washington University in Saint Louis School of Law Working Papers, octubre de 2003.
- R & D JOINT VENTURES AND TACIT PRODUCT MARKET COLLUSION, S. Martin, *European Journal of Political Economy*, núm. 11, 1995, pp. 733-741.
- REYNOLDS y SNAPP, «The competitive effects of partial equity interests and joint ventures», *Int'l Journal of Industrial Organization*, núm. 141, 1986.
- RITTER y RAWLINSO, *European Competition Law: a practitioner's guide*, Kluwer Law, 2000, p. 553.

Journal of Competition Law & Economics  
 Volume 7, Number 3  
 December 2007

## 1. INTRODUCTION

La definición de la competencia es un proceso dinámico que se repite una y otra vez a medida resulta difícil establecer con certeza que existe un consenso unánime. Sin embargo, hay un aspecto sobre el que parece haberse alcanzado un consenso generalizado: la necesidad de combatir los abusos. En este caso, los autoridades buscan instrumentos que permitan el hacer más eficiente un sistema en la lucha contra una crisis de confianza.

En el ámbito de los procedimientos de ejecución administrativa, el fundamento es la que los autoridades administrativas más confiables. Pero con un grado alto de autonomía en los procedimientos que pueden ser aplicados de forma disciplinada, y en algunos casos, a una mejor selección de los recursos administrativos, los procedimientos de tipo cuantitativo pueden jugar un papel importante en el fortalecimiento y mantenimiento de un caso que se aplica en el marco del procedimiento de ejecución.

En trabajos, cuando se analiza la relación entre los procedimientos de ejecución que en el contexto europeo el uso de procedimientos cuantitativos se refiere por lo general a los. Esto significa que cuando los procedimientos de ejecución se aplican en los procedimientos que los procedimientos de ejecución pueden complementar al sistema cualitativo en el análisis de los casos, algunas Decisiones recientes en el ámbito del control de concentraciones en la Unión Europea de este tema propenden al empleo de métodos cuantitativos.

Por otro lado, el alto nivel de los mecanismos de defensa de la Unión Europea en el uso de este tipo de procedimientos complementarios en la lucha contra los abusos, en concreto, a través de procedimientos administrativos como apoyo para el análisis de estos abusos, propiamente

© 2007 by D. C. Lippert y S. Salop. Publicado por el American Economic Association. Este artículo es una obra de la American Economic Association. Publicado por el American Economic Association.



# CÁRTELES: ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE SUS EFECTOS

Inmaculada GUTIÉRREZ

Elena ZOIDO

Economistas. LECG Europe

## 1. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia es un terreno abonado para la controversia donde a menudo resulta difícil establecer enunciados que obtengan un respaldo unánime. Sin embargo, hay un aspecto sobre el que parece existir un consenso generalizado: la necesidad de combatir los cárteles. En esta línea, las autoridades buscan instrumentos que contribuyan a hacer más eficaces sus esfuerzos en la lucha contra este tipo de acuerdos.

Sin duda, los programas de clemencia constituyen la herramienta en la que las autoridades comunitarias más confían. Pero esto no quiere decir que no existan medios adicionales que puedan emplearse de forma complementaria para contribuir a una mejor valoración de los acuerdos colusorios. En este sentido, los análisis de tipo cuantitativo pueden jugar un papel importante en el planteamiento y resolución de un caso que se inicia en el marco del procedimiento de clemencia.

Sin embargo, cuando se analizan las decisiones sobre cárteles se observa que en el contexto europeo el uso de herramientas cuantitativas es escaso por no decir nulo. Ello sorprende por cuanto las propias autoridades comunitarias sostienen en la actualidad que los métodos empíricos pueden complementar al enfoque cualitativo en el análisis de un caso; algunas Decisiones recientes en el ámbito del control de concentraciones son buena muestra de esta mayor propensión al empleo de métodos empíricos<sup>1</sup>.

Probablemente el éxito atribuido a los mecanismos de clemencia ha restado justificación al uso de otro tipo de instrumentos complementarios en la lucha contra los cárteles y, en concreto, a emplear herramientas cuantitativas como apoyo para el análisis de estos acuerdos prohibidos.

<sup>1</sup> Ver G. LORJOT y F. ROUXEL, «GE/Instrumentarium: a practical example of the use of quantitative analysis in merger control», *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, Spring 2004.

Sin embargo, estos métodos pueden ser muy útiles a la hora de valorar los efectos de los cárteles y, por tanto, de graduar las sanciones a imponer.

Este artículo reflexiona sobre el papel que pueden jugar los métodos cuantitativos en el análisis de los cárteles y describe de manera asequible en qué consisten tales métodos. En la Sección 0 se describen los motivos por los que la lucha contra los cárteles debe constituir una prioridad para las autoridades de competencia. En la Sección 0 se repasan los elementos clave para impedir que los acuerdos colusorios prosperen. En la Sección 4, por qué el análisis de los efectos de los cárteles es relevante. Los métodos empíricos al uso para realizar dicho análisis se describen en la Sección 0. Por último, la Sección 0 presenta nuestras conclusiones.

## 2. LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES: UNA PRIORIDAD

Los denominados cárteles duros (*hard core cartels*) se consideran la conducta anticompetitiva más dañina, de modo que todas las legislaciones sobre competencia los prohíben y reservan para ellos las sanciones más graves. Esta unanimidad sobre la necesidad de perseguir los cárteles permite que ésta sea una de las pocas áreas en las que las organizaciones multilaterales, como la OCDE, logran un cierto éxito en la siempre difícil tarea de consensuar la opinión de los Estados miembros. En esta línea, la OCDE ha elaborado una definición de lo que se consideran cárteles duros<sup>2</sup>, en la cual se engloban los siguientes tipos de acuerdos<sup>3</sup>:

*Acuerdos de precios:* Aquellos acuerdos entre empresas competidoras que tienen por objeto concertar los precios a los que venden sus bienes o servicios. Estos acuerdos pueden adoptar múltiples formas, ya sea una coordinación sobre la política de descuentos, incluyendo su eliminación; la adopción de formas comunes de cálculo de precios, o estructuras de precios mínimos comunes.

*Mecanismo de reparto de mercado:* Los competidores pueden alcanzar acuerdos mediante los que se repartan el mercado, distribuyéndose los clientes, los productos a comercializar o el área geográfica a atender. Sin perjuicio de que el acuerdo no se instrumente vía un pacto sobre precios, éstos se verán probablemente afectados, puesto que se situarán en niveles por encima de los que se darían en una situación competitiva.

*Colusión en subastas (bid rigging):* También es posible que se den comportamientos colusorios cuando las condiciones de venta de los bienes

<sup>2</sup> «(...) a) a "hard core cartel" is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce». Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels, OCDE, núm. C(98)35 final, 14 de mayo de 1998, § 2.

<sup>3</sup> Con todo, hay que matizar esta definición de cartel duro. Según la Recomendación de la OCDE, los acuerdos que aquí se mencionan no constituirán cárteles duros si están íntimamente relacionados con la obtención de eficiencias, están exceptuados por las Leyes nacionales o autorizados de acuerdo con ellas [§ 2.b)].

o servicios se determinan a través de procedimientos de subasta, concurso o licitación. En estos casos los competidores pueden coordinar sus comportamientos para alterar el resultado de la subasta mediante mecanismos variados, como, por ejemplo, rotarse en las pujas (si se trata de un juego repetido), eliminar la puja de algún competidor, subcontratar a aquellos que resulten perdedores como mecanismo de compensación, realizar pujas complementarias, etc. Este tipo de comportamientos no deja de ser un caso especial de la fijación de precios y los mecanismos de reparto de mercado.

¿Por qué esta convicción sobre la necesidad de combatir los cárteles? Porque constituyen un ataque frontal al buen funcionamiento de los mercados<sup>4</sup>. Al coordinar sus comportamientos, las empresas alteran las condiciones en las que se produce el intercambio de bienes y servicios impidiendo que se alcance una solución competitiva. Esta alteración de las condiciones de mercado opera en detrimento de los intereses del consumidor y en favor de las empresas que se coordinan. Habitualmente se impide que los consumidores accedan a determinados productos o se les obliga a pagar más por ellos. Las empresas, por su parte, sienten una menor presión competitiva, lo que se traduce en menores incentivos para reducir costes o innovar. En definitiva, este tipo de comportamientos tiene efectos perniciosos tanto desde el punto de vista de la eficiencia estática como de la dinámica y deterioran el bienestar de los consumidores<sup>5</sup>.

Sin embargo, por flagrantes que en muchas ocasiones resulten estos acuerdos, su persecución no es tarea sencilla para las autoridades de competencia. Su información sobre el funcionamiento del mercado resulta claramente asimétrica con respecto a la que tienen las empresas, que se mueven en su territorio natural. Esto dificulta la labor de detectar el acuerdo colusorio, probar su existencia y funcionamiento y evidenciar sus efectos. A ello se suma el que las empresas, conscientes del riesgo en el que incurren, recurren a medios cada vez más sofisticados para evitar que la concertación se descubra<sup>6</sup>.

Para perseguir los cárteles de manera efectiva hace falta disponer de instrumentos adecuados y de un personal entrenado en la tarea. Ante esta realidad, diversas jurisdicciones, entre otras la comunitaria, han realizado en los últimos años un notable esfuerzo por tratar de dotarse de instrumentos más eficaces<sup>7</sup>. En concreto, la Comisión Europea ha creado

<sup>4</sup> Ver D. W. CARLTON y J. M. PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, Reading, Mass., Addison-Wesley, capítulo 5.

<sup>5</sup> Independientemente de su efecto sobre el bienestar global, los cárteles suponen una reasignación de renta desde los clientes o consumidores hacia las empresas participantes, lo cual supone que la eficiencia asignativa también se ve afectada. Dado que las normas de competencia suelen tener como objetivo la protección del consumidor, esta alteración de la eficiencia asignativa constituye una razón adicional para la persecución de los cárteles.

<sup>6</sup> La OCDE ha recogido en sus informes algunas anécdotas ilustrativas a este respecto. Ver, por ejemplo, *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, DAFEE/COMP(2002)7, § 2, Executive Summary.

<sup>7</sup> Ver a este respecto *XXII Informe sobre la política de competencia 2002*, SEC (2003) 467 final, § 26 ss.

dos unidades dedicadas exclusivamente a la lucha contra los cárteles<sup>8</sup>, con instructores especializados en la persecución de este tipo de prácticas. Ha redoblado también los esfuerzos en la cooperación internacional con el fin de hacer frente común con otras autoridades a la hora de investigar a las empresas involucradas en acuerdos que tienen una trascendencia transoceánica<sup>9</sup>. Pero, sin duda, el instrumento clave en la lucha contra los cárteles son las denominadas medidas de clemencia. En palabras de la propia Comisión: «Desde 1996, la política de clemencia de la Comisión viene constituyendo una de las piedras angulares de la política de lucha contra los cárteles de la Comisión»<sup>10</sup>. Esta política se vio reforzada en febrero de 2002 con la publicación de una nueva comunicación sobre medidas de clemencia<sup>11</sup>, cuyo objeto es que las empresas consideren más atractivo desviarse de un acuerdo prohibido y delaten a las autoridades la existencia del mismo. En opinión de la Comisión: «... El hecho de que la Comunicación en los diez primeros meses de su aplicación haya permitido descubrir unos diez cárteles diferentes en Europa es clara señal de su eficacia»<sup>12</sup>.

Es importante entender cuáles son los elementos clave en la lucha contra los cárteles para entender el papel que juegan los programas de clemencia y si puede ser útil acompañarlos con otro tipo de mecanismos que permitan un mejor análisis y valoración de los casos.

### 3. ¿CÓMO SE COMBATEN LOS CÁRTELES?

Hay dos cuestiones que resultan clave a la hora de combatir los cárteles. Primero, disponer de mecanismos de detección adecuados. Segundo, un sistema de sanciones que desanime a las empresas a la hora de involucrarse en este tipo de acuerdos. La combinación de ambos elementos constituye una base sólida para impedir que los acuerdos colusorios prosperen. Si las empresas saben que la probabilidad de ser descubiertas es alta y que ello les puede acarrear sanciones cuantiosas, su incentivo a implicarse en el acuerdo y a sostenerlo en el tiempo disminuye<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> *The fight against cartels*, resumen del discurso del Comisario Monti al EMAC, Bruselas, de 11 de septiembre de 2002, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/>. Ver también *XXII Informe sobre la política de competencia 2002*, § 29.

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, «Agreement of the European Communities and the Government of the USA on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws», *of*, núm. L 173, de 18 de junio de 1998.

<sup>10</sup> Ver *XXII Informe sobre la política de competencia 2002*, § 33.

<sup>11</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cartel, *do*, núm. C 45, de 19 de febrero de 2002.

<sup>12</sup> Ver *XXII Informe sobre la política de competencia 2002*, § 34.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, M. MOTTA y M. POLO, «Leniency Programs and Cartel Prosecution», *IGIER Working Paper*, núm. 150, 1999.



## A. DETECCIÓN

La investigación de un cártel pasa por detectar su existencia o tener indicios de la misma. Estos indicios vienen dados en ocasiones por el propio comportamiento y evolución del mercado. Precios que no se ajustan a la baja ante excesos de oferta, de capacidad productiva o reducciones de costes, ausencia de intercambios entre territorios en respuesta a diferencias de precios o una inexplicable estabilidad en las cuotas de mercado de los operadores son elementos que pueden llamar la atención de las autoridades e incitarles a investigar el comportamiento de los operadores del mercado en busca de elementos colusorios. En este contexto, el análisis empírico puede resultar de gran utilidad. Hay abundante literatura que nos ilustra sobre qué tipo de herramientas empíricas pueden ser útiles para la detección de los cárteles<sup>14</sup>.

Sin embargo, es un hecho que para la detección de los cárteles el instrumento que se ha revelado más eficaz son los programas de *leniency* o clemencia. Estos programas se basan en la idea de que la colaboración de uno o varios de los participantes en el cártel aportando información que ayude a descubrir y probar el mismo tiene un gran valor, porque facilita la labor investigadora y porque tiene el efecto de desestabilizar el acuerdo. Por ello, las autoridades están dispuestas a reducir las multas que, en su caso, correspondieran a aquellas empresas que se presentan voluntarias a colaborar con las autoridades, primando más a aquellos que se deciden a hacerlo primero.

Gracias a estos programas, la detección no se basa en indicios, sino en pruebas y en testimonios aportados por uno o varios de los integrantes del cártel, que no sólo confirman su existencia, sino que describen con detalle su funcionamiento. Por ello y sin perjuicio de otro tipo de implicaciones jurídicas, los mecanismos de clemencia tienen la ventaja de facilitar la detección y reducir el coste de la prueba y las posibilidades de error. Ello supone, al fin y a la postre, un ahorro de recursos administrativos que pueden dedicarse a la tramitación de casos adicionales. El resultado es un aumento de la eficiencia y de la eficacia de la actuación de las autoridades.

La mejor prueba de esta mayor eficacia se encuentra en los casos tramitados. El número de expedientes relativos a casos de cárteles se

<sup>14</sup> Existen ejemplos diversos de metodologías que permiten estimar el grado de poder de mercado que las empresas disfrutaban en un contexto determinado. Algunos ejemplos son R. PORTER, «A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee. 1880-1886», *Bell Journal of Economics*, vol. 15, núm. 2, 1983, pp. 301-314; K. GRADY, «Testing for Imperfect Competition at the Fulton Fish Market», *The Rand Journal of Economics*, vol. 26, 1995, pp. 75-92; E. GASMI, J.-J. LAFFONT y Q. VUONG, «Econometric Analysis of Collusive Behaviour in a Soft Drinks Market», *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 1, 1992, pp. 277-311; S. BORENSTEIN y A. SHEPARD, «Dynamic Pricing in Retail Gasoline Markets», *The Rand Journal of Economics*, vol. 27, núm. 3, 1996, pp. 429-451.

ha incrementado, en su mayor parte impulsados por la aplicación de las reglas de clemencia <sup>15</sup>.

Así las cosas, parece que las autoridades han encontrado en los programas de clemencia su mejor arma contra los cárteles. Pero ello no quiere decir que con esto se agoten las cuestiones relativas al análisis de los cárteles ni que pueda prescindirse de otros instrumentos. En primer lugar, porque no se puede renunciar a disponer de instrumentos adicionales. Hay que ser conscientes de que puede haber casos en que los integrantes del cártel no tengan los incentivos suficientes para revelar el acuerdo. De hecho, es probable que se trate de aquellos casos donde el cártel es más estable, porque resulta más rentable para los participantes y, por tanto, más dañino para los clientes y consumidores. En estas circunstancias, la detección requerirá de instrumentos más laboriosos y sofisticados por parte de la autoridad. En segundo lugar, porque una vez que la detección se ve facilitada por el arrepentimiento de uno o varios de los participantes, el centro del debate entre las autoridades y las empresas se traslada necesariamente al análisis de los efectos que el acuerdo haya podido tener en el mercado y que deben constituir un elemento clave en la determinación de la sanción.

## B. SANCIÓN

El objeto fundamental de la sanción es tener un efecto disuasorio, esto es, que el temor a la misma desanime a las empresas a participar en el cártel. La cuestión es cuál es la cuantía óptima de una sanción para que ejerza este efecto disuasorio. A este respecto hay que tener en cuenta al menos dos aspectos. Primero, que las empresas deciden participar en un acuerdo colusorio en función del beneficio esperado. Por tanto, una sanción será efectiva si, por termino medio, supone que la empresa se ve expropiada de las ganancias esperadas. Pero hay un segundo aspecto a tener en cuenta <sup>16</sup>. Por efectiva que sea la política de detección es probable que algunos acuerdos y empresas consigan escapar al procedimiento sancionador. Por ello, a la hora de participar en un cártel las empresas tendrán en cuenta no sólo el coste esperado de la sanción, sino también la probabilidad de ser descubiertas y multadas. Esto lleva a que las sanciones, para ser efectivas, deban ser mayores que el beneficio esperado por participar en el acuerdo. De esta forma, aunque los participantes sepan que pueden pasar inadvertidos, el riesgo de que en caso de ser descubiertos la sanción que les espere sea muy superior al beneficio esperado eliminará los incentivos a coludir.

<sup>15</sup> Por ejemplo, desde 1993, año en que se relanzaron los programas de clemencia en Estados Unidos, el número de casos de fijación de precios investigados se ha multiplicado por veinte, con multas que pasaron de los 23 millones de dólares en 1993 a más de 1.000 millones de dólares en 1999.

<sup>16</sup> Ver, de nuevo, *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, DAFEE/COMP (2002) 7, § 36.

Esta máxima de que las sanciones deben ser superiores al beneficio esperado de la participación en el acuerdo resulta coherente con los programas de clemencia y, de hecho, redundante a favor de su eficacia. Al fin y al cabo, el esquema de la lucha contra los cárteles se basa en un sistema de “palo y zanahoria”. El temor a ser descubiertos y el deseo de evitar la sanción llevan a las empresas a separarse del acuerdo y a cooperar con las autoridades en la investigación. El palo (la sanción) debe ser suficientemente fuerte para que la zanahoria (la oportunidad de evitar la sanción colaborando con las autoridades) resulte más apetecible.

De lo anterior se deduce que, desde un punto de vista económico, para estimar las sanciones se deben tener en cuenta las ganancias ilícitas obtenidas por los miembros del cártel, que guardarán relación con el efecto que el cártel haya tenido en los mercados. De no ser así, no podrá asegurarse que la sanción tenga el efecto disuasorio esperado.

Las normas de competencia suelen calcular la sanción en función de la gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes que procedan<sup>17</sup>. Normalmente, la normativa estipula que el importe total de la multa no pueda exceder de un cierto porcentaje del volumen de negocios de la empresa, tope que tiene el propósito de evitar que el volumen de la multa pudiera poner en peligro su viabilidad<sup>18</sup>. El principio de que la multa guarde relación con el beneficio ilícito y el efecto del cártel en el mercado queda teóricamente incorporado en este esquema. De hecho, las directrices comunitarias para el cálculo de multas<sup>19</sup> explicitan que para determinar la gravedad de la conducta se ha de tener en cuenta su repercusión concreta sobre el mercado. Además, insisten en el carácter disuasorio que ha de tener la sanción y, en coherencia, consideran la necesidad de incrementar la sanción para rebasar el importe de las ganancias ilícitas realizadas gracias a la infracción. De manera simétrica, consideran como circunstancia atenuante que la aplicación de los acuerdos o prácticas ilícitas no haya sido efectiva, lo que supone, en definitiva, que no haya habido efecto en el mercado<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Entre las circunstancias agravantes las autoridades suelen atender a la reincidencia de la conducta, a si la empresa ha jugado un papel instigador o ha adoptado represalias contra terceras y a la falta de cooperación.

<sup>18</sup> De acuerdo con la normativa comunitaria y la española, la multa no podrá ser superior al 10 por 100 del volumen de negocios total registrado en el ejercicio social anterior. Ver art. 23 del 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 (DO, núm. L 1, de 4 de abril de 2003), y art. 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 170, de 18 de julio).

<sup>19</sup> Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (DO, núm. C 9, de 14 de enero de 1998).

<sup>20</sup> Sin perjuicio de que exista acuerdo, esté prohibido y sea sancionable, existen motivos diversos por los que la colusión ha podido tener un menor efecto sobre el mercado: falta de seguimiento de los acuerdos por parte de los participantes, existencia de presiones competitivas procedentes de importaciones o sustitución por el lado de la oferta o la demanda, entre otras razones. De hecho,

#### 4. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS: LA ASIGNATURA PENDIENTE

Aunque sea una condición necesaria para calcular unas sanciones eficientes y sobre el papel las reglas vigentes reconozcan que el análisis de los efectos del cártel es un término esencial del cálculo, el hecho cierto es que, en la práctica, las decisiones no revelan que el impacto de la colusión sobre el mercado y los beneficios de las empresas se analice sobre una base empírica. De la lectura de las decisiones se desprende que para determinar la base de la sanción las autoridades se guían por elementos de apreciación tales como la naturaleza de la conducta, el ámbito geográfico en el que tiene los efectos y su duración. Es indudable que todas estas variables tienen un impacto sobre los efectos del acuerdo prohibido y que han de ser tenidas en cuenta. Pero no necesariamente sirven por sí mismas para determinar el efecto específico y, por tanto, cuál es su auténtica gravedad y dónde debe situarse una sanción que pretenda ser justa y eficiente.

Esta falta de análisis empírico de los efectos del cártel se debe, sin duda, a que tal análisis resulta complejo. De hecho, así lo advierten las propias directrices comunitarias para el cálculo de multas, cuando tras recordar que a la hora de evaluar la gravedad de la sanción se deben tener en cuenta sus repercusiones en el mercado añade *siempre y cuando ello sea posible*.

Es cierto que la estimación de los efectos de la colusión no es tarea fácil. Requiere comparar la situación que se ha dado en el mercado con la que resultaría de un escenario competitivo. Establecer este término de comparación encierra dificultades de naturaleza diversa que tienen que ver tanto con la información que se necesita como con las técnicas a emplear. Ante estas dificultades, cuando se dispone de la confesión de las empresas sobre el funcionamiento de los acuerdos, puede parecer preferible basar el cálculo de la sanción en los elementos de apreciación disponibles y prescindir del análisis empírico.

Pero ésta no es necesariamente la solución más adecuada en muchos casos. Primero, porque la dificultad del cálculo empírico de los efectos de un cártel es relativa. Diversas técnicas nos permiten llevar a cabo esta tarea y en muchas circunstancias hay información disponible y medios para realizarla. No hay que perder de vista que, en cuestiones de análisis empírico y manejo de datos, lo que hace unos años resultaba utópico o inalcanzable hoy resulta cada vez más asequible. Segundo, porque la estimación de los efectos no es un ejercicio superfluo. El impacto que

---

el estudio de 25 casos investigados entre 1973 y 1984 reveló que los precios se incrementaron una media de un 7 por 100 en los cuatro años posteriores a la investigación, sugiriendo la limitada efectividad de los acuerdos. Ver M. F. SPROUL, «Antitrust and Prices», *Journal of Political Economy*, vol. 101, núm. 4, 1993. No obstante, esto no prejuzga los efectos sobre la eficiencia desde un punto de vista dinámico.

el acuerdo colusorio tiene sobre el mercado y los beneficios de las empresas es relevante por diversos motivos que a continuación se exponen.

Primero, el análisis de los efectos es uno de los aspectos cruciales para una adecuada resolución del caso. Como decíamos anteriormente, en la medida en que los programas de clemencia resuelven buena parte de los problemas de detección, la gran cuestión que queda pendiente reside en cómo de efectivo ha resultado el acuerdo y qué efectos ha tenido sobre los participantes y sobre los consumidores y clientes.

Segundo, como ya se ha reiterado, sólo mediante la estimación de los daños causados por los cárteles se pueden establecer sanciones adecuadas y disuasorias. Si se sigue una política de lucha contra los cárteles que no tiene en cuenta los efectos reales de estas prácticas se pueden cometer errores de diverso *signum*. Se pueden estar infraestimando los efectos y, por tanto, las sanciones, en cuyo caso la conducta resultará relativamente más rentable y se restará capacidad disuasoria a la sanción. Tampoco las políticas de “*mejor pecar por exceso que por defecto*” a la hora de multar son una buena solución, porque pueden llevar a sanciones desproporcionadas, lo cual tiene un coste en términos de eficiencia asignativa y dinámica además de suponer una carga injustificada para las empresas, contra la que éstas pueden recurrir.

Tercero, el cálculo de los efectos sobre el mercado resulta relevante en todo caso de cara a posibles solicitudes de daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales por parte de los afectados<sup>21</sup>. Una apreciación imprecisa de estos efectos por parte de las autoridades de competencia puede tener repercusiones sobre la cuantía de los daños y perjuicios a reclamar por los particulares.

En definitiva, es necesario tener presente que el análisis de los efectos es un elemento central en los casos de cártel y que en la medida en que no se apoye en bases empíricas sólidas puede carecer de rigor, lo cual no dejará de tener implicaciones. Por ello, el empleo de herramientas cuantitativas debe ser considerado.

## 5. HERRAMIENTAS CUANTITATIVAS

La evaluación de los efectos de los cárteles requiere la comparación de la situación del mercado observada en presencia de mecanismos colusorios con la que resultaría de la competencia entre empresas. Es, por tanto, necesaria la comparación de un hecho observado en la realidad, sean los precios o la producción de las empresas involucradas, con otro que, por definición, no se ha observado: los precios que hubieran cargado éstas o la cantidad que hubieran producido de haber prevalecido condiciones competitivas en el mercado.

<sup>21</sup> Ver Considerando 7 del 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, *op. cit.*

Este tipo de preguntas suponen un enorme reto, ya que para poder contestarlas es preciso construir una estimación del comportamiento de los agentes económicos en el caso hipotético de que las condiciones de mercado hubieran sido diferentes.

Para ello, se han desarrollado métodos empíricos que tratan de responder a este tipo de cuestiones: ¿qué habría ocurrido en el mercado en ausencia de las prácticas colusorias?; ¿cómo se habrían comportado las empresas si el mercado no hubiera estado cartelizado? La evaluación de los efectos de los cárteles es tan sólo un ejemplo dentro de un rango inmenso de preguntas que han motivado el desarrollo de un amplio campo de investigación. El interés de los economistas por resolver cuestiones clásicas de política económica, tales como cuál es el efecto de la educación sobre los salarios o el impacto de los tipos impositivos sobre la oferta de trabajo, ha supuesto el motor fundamental en el desarrollo de técnicas aptas para dar respuesta a estas cuestiones tan complejas.

Obtener respuesta a estas cuestiones supone poder comparar mundos hipotéticos, entender qué habríamos observado en el mercado si se hubieran dado otras condiciones. En el caso de la evaluación de los efectos de un cártel, la manipulación consistiría en alterar el comportamiento de las empresas de manera tal que desaparecieran los mecanismos de fijación de precios o de reparto del mercado. La comparación adecuada es, por tanto, la de dos situaciones “potenciales”: la de la empresa en caso de que el cártel opere y en caso de que no, manteniendo el resto de las condiciones de mercado constantes. La diferencia entre los precios cargados por la empresa en ambas situaciones respondería a la pregunta de cuál fue o es el efecto del cártel.

La dificultad de este ejercicio reside en lograr averiguar las diferencias entre estas situaciones potenciales, porque sólo observamos a las empresas, trabajadores o consumidores, dependiendo de cuál sea la pregunta de interés, en uno de los dos mundos: en presencia de un cártel o sin él, enfrentados a unos tipos impositivos o a otros, con un cierto nivel de educación u otro.

Dado este enorme obstáculo, ¿cómo estimar los mundos hipotéticos en la práctica? En otras ramas de la ciencia, como la Medicina, este tipo de experimentos resulta más asequible. En el caso de la evaluación de los beneficios de un nuevo medicamento, por ejemplo, es relativamente fácil diseñar un experimento que asigne de manera aleatoria a los individuos a un grupo de tratamiento (al que se le suministra la medicina) y a un grupo de control (al que se le administra un placebo). De la comparación entre ambos grupos se puede obtener una estimación de los beneficios del medicamento en cuestión.

Desafortunadamente, en las Ciencias Sociales y, en particular, en la Economía, “fabricar” experimentos es más complejo. Los economistas no pueden asignar de manera aleatoria variables tales como el nivel de

educación o la presencia de un cártel<sup>22</sup>. El gran reto para los investigadores es, por tanto, el uso de métodos empíricos que, basándose en la realidad observada, permitan hacer comparaciones de las que se puedan deducir los efectos del fenómeno de interés (en nuestro caso, los cárteles). Existen diversos métodos que ayudan a resolver las dificultades descritas anteriormente. Describimos algunos de ellos a continuación.

#### A. LOS MÉTODOS ESTÁNDAR: "EL ANTES Y EL DESPUÉS"

Comencemos con el método más sencillo y que menos información requiere. Como ya hemos señalado, la dificultad fundamental a la que nos enfrentamos a la hora de averiguar si un mecanismo colusorio ha tenido efectos sobre el mercado es la derivada de la necesidad de obtener estimaciones sobre cuáles habrían sido los precios (o cantidades) en ausencia de la colusión.

Una primera forma de realizar estas estimaciones consiste en realizar una comparación sencilla de los precios de los productos afectados antes o después de que la infracción haya tenido lugar. Si se dispone de información que identifique de manera precisa cuándo comenzó el cártel y/o cuándo dejó de operar, los posibles aumentos de precios observados en el momento en que éste aparece, y/o las posibles caídas coincidiendo con el desmantelamiento del mismo pueden proporcionar una estimación del impacto sobre precios del mecanismo de fijación de precios o de reparto de mercado<sup>23</sup>.

Una segunda posibilidad es que sea factible la comparación de los precios cobrados en los mercados cartelizados o a clientes afectados por los acuerdos con los precios de los mismos productos en otros mercados o a otros clientes para los que prevalezcan condiciones competitivas. La lógica sería la misma que la de las comparaciones temporales, y consistiría en analizar las posibles diferencias de precios entre los mercados y/o clientes afectados y los no afectados durante el período de funcionamiento del cártel.

Ambos métodos se basan en el supuesto de que los precios (o cualquier otra variable de interés) antes o después del período de operación del cártel, o en los países o clientes empleados como comparación durante el funcionamiento del mismo, proporcionan una estimación adecuada

<sup>22</sup> Existen excepciones a esta regla: el Gobierno americano, por ejemplo, diseñó la implantación de varios programas de formación para jóvenes y desempleados para facilitar su inserción en el mercado laboral incluyendo la asignación de individuos a los cursos de manera aleatoria, para facilitar la evaluación de su efectividad. Para una descripción del diseño de este programa y de los métodos empíricos adecuados a este tipo de estudios, ver H. S. BLOOM, L. L. ORR, S. H. BELL, G. CAVE, F. DOOLITTLE, W. LIN y J. M. BOS, «The Benefits and Costs of JTPA Title II-A Programs», *The Journal of Human Resources*, núm. 32, 1997, pp. 549-576. La referencia clásica sobre el uso de métodos experimentales es P. R. ROSENBAUM, *Observational Studies*, Verlag, Springer 1995.

<sup>23</sup> Un método similar a éste fue empleado por la Comisión Europea en el caso del cártel de los electrodos de grafito, descrito posteriormente.

de los precios que se habrían observado en los mercados afectados durante su período de vigencia. Implícitamente, el uso de este método de estimación supone que los precios observados bajo condiciones competitivas en ausencia del cártel habrían correspondido a los observados bien antes, bien después en el mismo mercado afectado, bien en otros mercados durante el período de interés, según cuál sea la comparación empleada. Este método proporcionará, por tanto, una buena aproximación a los efectos del cártel en la medida en la que este supuesto sea adecuado.

Como sabemos, sin embargo, los precios observados en el mercado dependen de una multitud de factores, desde los costes, hasta las condiciones de demanda, pasando por las características de los clientes y su poder negociador. Esperaremos, por tanto, que los precios antes y después proporcionen una buena aproximación al comportamiento de las empresas en ausencia del cártel, siempre que todos estos otros factores de determinación de los precios no hayan cambiado de manera simultánea a la entrada en vigor de los acuerdos colusorios. Sería preocupante, por ejemplo, que el acuerdo coincidiera con un *boom* de demanda. Si estos dos fenómenos (el cártel y un aumento en la demanda de los productos afectados) se producen de forma simultánea, el consiguiente aumento de los precios reflejará ambos cambios en las condiciones del mercado. Un *shock* positivo de demanda resultará en una elevación de los precios, y no sería correcto suponer que los precios antes del incremento de demanda suponen una buena estimación de cuáles habrían sido los precios en el período de funcionamiento del cártel en ausencia de éste, ya que las condiciones de demanda cambian de un período a otro<sup>24</sup>.

El problema es que estamos tratando de aislar el impacto de los cambios en el tipo de interacción entre las empresas presentes en el mercado, pero obtenemos una estimación sesgada por la existencia de diferencias sistemáticas en otros determinantes de precios entre el período de interés y el anterior. Este sesgo se conoce como sesgo de selección, y refleja la posible existencia de diferencias sistemáticas entre el mercado o período empleado como comparación y el mercado o período que se investiga<sup>25</sup>.

La presencia de un sesgo de selección en las estimaciones es un problema que afecta a muchos de los temas que requieren una evaluación empírica y que son de interés para los economistas. Volviendo de nuevo al ejemplo del impacto del nivel de educación sobre los ingresos, si bien

---

<sup>24</sup> Empleamos el ejemplo de los precios como variable de interés, pero el mismo razonamiento es válido para la evaluación del efecto de la colusión sobre cualquier otra decisión de las empresas involucradas, tales como las cantidades producidas por las empresas, las características de los productos, etc.

<sup>25</sup> Es frecuente referirse al grupo de comparación como "grupo de control" y al grupo afectado por el fenómeno de interés como "grupo de tratamiento", siguiendo la terminología empleada en los estudios basados en randomización.



es cierto que los individuos con un nivel de educación mayor suelen tener ingresos más altos, también lo es el que suelen tener padres con una mejor posición económica, lo que está a su vez asociado a un nivel más alto de ingresos de sus hijos. De manera que inferir de la comparación simple entre individuos con un cierto nivel educativo con otros de menor grado que las diferencias de ingresos entre los dos grupos se deben únicamente al impacto de la educación sobre los ingresos sería erróneo.

### *Un ejemplo: electrodos de grafito*<sup>26</sup>

La Comisión Europea basó su análisis de la incidencia real del cártel de los electrodos de grafito en las diferencias en evolución de los precios antes, durante y después de que las prácticas abusivas tuvieran lugar.

Los electrodos de grafito son columnas de grafito obtenidas por moldeo cerámico utilizados en la producción de acero en hornos de arco eléctrico. La Comisión descubrió la participación de los ocho productores mundiales de estos productos en un cártel secreto mediante el cual fijaron el precio y se repartieron el mercado. Las reuniones secretas se celebraron entre 1992 y 1998.

La Comisión sostiene en su Decisión que esta infracción tuvo como consecuencia unos precios considerablemente más altos de lo que hubieran sido si las empresas hubieran competido entre sí. ¿Cómo llegó la Comisión a esta conclusión? Se observó que en el momento en que el cártel comenzó a funcionar (mayo de 1992) el precio europeo de los electrodos de grafito ascendía a 3.600 marcos por tonelada. Este precio se fue incrementando de manera regular hasta alcanzar los 5.400 marcos en 1996, esto es, un incremento del 50 por 100 en cinco años. En 1997, una vez abierta la investigación por parte de las autoridades, los precios se estancaron.

La Comisión interpreta este sensible aumento de los precios durante el período de funcionamiento del cártel como reflejo de los pactos entre los operadores sobre los precios de referencia de estos productos, el reparto de los mercados, y el sistema de instauración y vigilancia de los acuerdos. Pese a ello, se señala la dificultad de «saber si los precios habrían sido diferentes sin acuerdo, y en qué medida», pero consideran que «la aplicación de los acuerdos del cártel implicó un serio riesgo de que los precios se situaran a un nivel más elevado que en un contexto caracterizado por condiciones de competencia».

<sup>26</sup> Decisión de la Comisión, asunto COMP/E-1/36.490, de 18 de julio de 2001.

## B. MODELOS DE REGRESIÓN LINEAL

Los modelos de regresión que describimos a continuación surgieron en respuesta a la necesidad de obtener estimaciones de los efectos de fenómenos de interés y de eliminar los sesgos descritos en la sección anterior, teniendo en cuenta para ello las diferencias *observables* entre los distintos grupos a comparar en el análisis.

El método empírico básico para incorporar las diferencias observables entre los individuos o empresas analizados es el de la regresión lineal<sup>27</sup>. El objetivo básico de estos métodos es determinar si el cambio en una variable causa cambios en otra, *manteniendo constantes* otros factores relevantes.

### a) *La regresión simple*

En el caso más sencillo, nos enfrentamos a una variable de interés que pensamos depende de otra, a la que llamamos variable “independiente” o variable “explicativa”, y un término de error que refleja el hecho de que siempre existe un cierto grado de aleatoriedad que afecta a la relación entre ambas variables. La regresión no es más que una forma de estimar los parámetros que definen la relación entre ambas variables, de encontrar la mejor forma *lineal* de predecir nuestra variable de interés en base a la información que poseemos sobre la variable explicativa<sup>28</sup>.

Un ejemplo gráfico puede ayudar a clarificar este concepto. La ilustración 1 muestra cada uno de los pares de puntos que recogen el nivel de educación y de salarios de una muestra de trabajadores. Mediante el método conocido como de mínimos cuadrados ordinarios se estiman los valores (esto es, la pendiente de la recta) que determinan la línea que mejor aproxima la nube de puntos mostrada en la figura, la línea de regresión. De esta forma, determinamos que cada año adicional de educación está asociado, en media, con un aumento de los ingresos de casi un 6 por 100, como la línea de regresión refleja. La regresión nos permite medir el efecto de una variable sobre el valor esperado de otra. En este caso, dada la información disponible, nuestra mejor estimación del impacto sobre los salarios de un año adicional de educación sería de un 6 por 100.

<sup>27</sup> Ver D. N. GUJARATI, *Basic Econometrics*, 2002, capítulo 14, para una introducción general a estos métodos. Ver también F. M. FISHER, «Multiple Regression in Legal Proceedings», *Colum. L. Rev.*, núm. 80, 1980, p. 702.

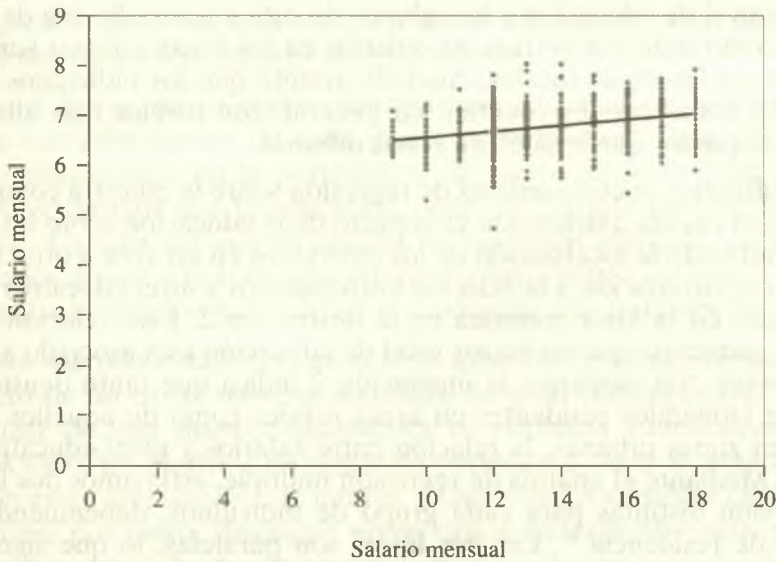
<sup>28</sup> En términos formales, la ecuación a estimar es:

$$Y = a + bX + e$$

donde  $a$  y  $b$  son los parámetros que determinan la relación entre  $Y$ , la variable dependiente o de interés y  $X$ , la variable independiente. El término de error,  $e$ , refleja el hecho de que existen fuentes de aleatoriedad que afectan a la relación existente entre ambas variables, bien desconocidas o imposibles de medir. La regresión “estima” los parámetros  $a$  y  $b$  mediante el método de mínimos cuadrados ordinarios.

## ILUSTRACIÓN 1

## LA ASOCIACIÓN ENTRE EL NIVEL DE EDUCACIÓN Y LOS SALARIOS



Fuente: Elaboración propia a partir de información correspondiente a 935 individuos proporcionada por el *National Longitudinal Survey of Youth (NLSY)*, una base de datos que recoge información sobre jóvenes americanos.

Nota: El salario mensual está expresado en logaritmos.

b) *La regresión múltiple*

Como ya hemos discutido con anterioridad, muchas relaciones entre variables no son tan sencillas: en muchos casos, la variable de interés depende de más de una variable explicativa. Los economistas emplean entonces el llamado análisis de “*regresión múltiple*”. En el caso de los ingresos, por ejemplo, uno esperaría que éstos dependieran no sólo del nivel educativo de los individuos, sino de su situación familiar, estado civil, número de hijos, nivel económico de sus padres o lugar de residencia, y el analista debe tener estos factores en consideración <sup>29</sup>.

Veamos cómo se extiende el análisis de regresión al caso de varios factores explicativos de la variable de interés. Empleamos un análisis gráfico sencillo. Supongamos que la muestra de individuos sobre la que esta-

<sup>29</sup> Siguiendo con el ejemplo mostrado en la nota 28, los ingresos ( $Y$ ) podrían depender del nivel de educación ( $X_1$ ), pero también del estado civil del individuo ( $X_2$ ), del número de hijos ( $X_3$ ) o del lugar de residencia ( $X_4$ ). La relación lineal entre estas variables que tratamos de estimar es:

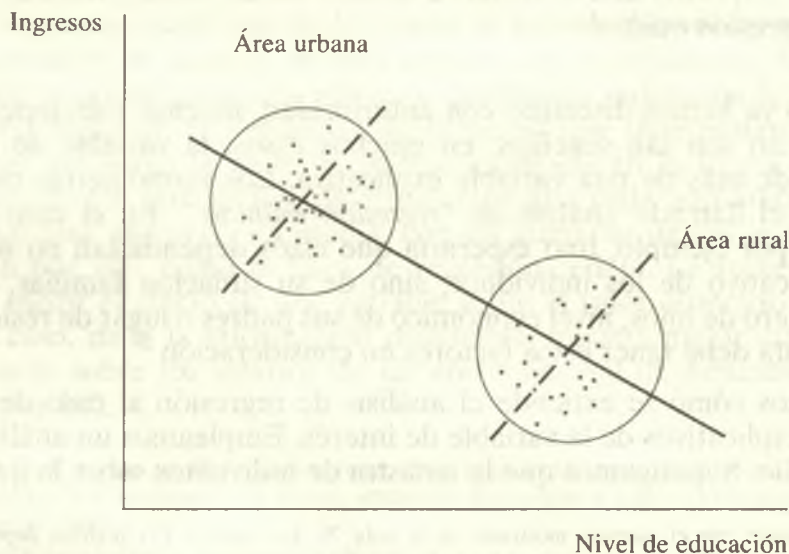
$$Y = a + b_1 \cdot X_1 + b_2 \cdot X_2 + b_3 \cdot X_3 + b_4 \cdot X_4 + e$$

donde  $b_1$ ,  $b_2$ ,  $b_3$  y  $b_4$  son los parámetros que recogen el impacto del nivel escolar, el estado civil, el número de hijos y el lugar de residencia sobre los salarios. Estos parámetros se estiman por Mínimos Cuadrados Ordinarios, el algoritmo que hacen que la ecuación anterior aproxime, en media, y de la mejor forma posible los datos observados.

mos analizando el impacto de la educación sobre los salarios está compuesta de individuos que residen en áreas urbanas y otros que viven en áreas rurales. La ilustración 2 refleja esta situación hipotética. Cada punto indica el nivel de educación y los salarios de esta muestra ficticia de individuos. Como indica el gráfico, los salarios en las zonas urbanas son más altos que en las zonas rurales. Además, resulta que los individuos localizados en zonas rurales cuentan, en general, con niveles más altos de educación que los que residen en zonas urbanas.

Si realizamos nuestro análisis de regresión sobre la muestra completa, teniendo en cuenta únicamente el impacto de la educación sobre los salarios, y omitiendo la localización de los individuos en un área u otra, nuestra mejor aproximación a la relación entre salarios y nivel educativo sería el reflejado en la línea continua en la ilustración 2. Esta relación sería negativa: parecería que un mayor nivel de educación está asociado a salarios menores. Sin embargo, la ilustración 2 indica que tanto dentro del grupo de individuos residentes en áreas rurales como de aquellos localizados en zonas urbanas, la relación entre salarios y nivel educativo es positiva. Mediante el análisis de regresión múltiple, estimamos dos líneas de regresión distintas para cada grupo de individuos, dependiendo de su lugar de residencia<sup>30</sup>. Las dos líneas son paralelas, lo que significa, como ya hemos descrito, que cada año de educación adicional añade

ILUSTRACIÓN 2  
REGRESIÓN MÚLTIPLE



*Nota:* Ejemplo hipotético de elaboración propia.

<sup>30</sup> En la práctica, estas dos líneas de regresión se estiman mediante la inclusión en la regresión básica mostrada en la nota 28 de una variable "ficticia", que toma un valor igual a 1 si el individuo pertenece a un grupo (vivir en un área rural, por ejemplo) y 0 si no lo hace. El coeficiente de esta variable refleja las diferencias medias en salarios entre unas zonas y otras.

los mismos ingresos adicionales, tanto si el individuo reside en un medio rural como urbano. Sin embargo, aquellos en áreas urbanas ganan más para todos los niveles educativos, como refleja el hecho de que la línea de regresión para los residentes en áreas urbanas se sitúe por debajo de la línea para los residentes en áreas rurales.

Estas líneas de regresión discontinuas muestran la relación entre ambas variables dentro de cada grupo de individuos. Esto es, una vez que *condicionamos* en la pertenencia de cada individuo a un grupo u otro, descubrimos que la educación tiene un impacto positivo sobre los salarios. En esto consiste el análisis de regresión múltiple, en tener en cuenta los diversos factores que influyen sobre nuestra variable de interés y en aislar la relación entre ésta y el fenómeno que tratamos de analizar.

Este método estadístico es el más atractivo para la estimación del impacto de un cártel sobre el mercado. Su gran ventaja es que permite sintetizar de una manera sistemática la evidencia cuantitativa. Como hemos visto, los modelos de regresión permiten estimar el grado de asociación entre una variable de interés, y una o varias variables explicativas. Permiten, por tanto, distinguir entre varios factores alternativos correlacionados con un hecho de interés y aislar la relación entre las dos variables clave.

En el caso de la estimación del impacto de un cártel sobre precios, por ejemplo, podríamos emplear información sobre las transacciones reales observadas en el mercado, y consideraríamos como variables explicativas factores como costes, nivel de demanda o estructura de mercado, además de una variable que recogiera si las transacciones en cuestión se encuentran o no afectadas por el cártel<sup>31</sup>. De esta forma, lograríamos aislar el impacto del cártel de otros determinantes de precios, como los anteriormente mencionados<sup>32</sup>. Éste es el enfoque que se adoptó para analizar el impacto del cártel en el suministro de leche descrito en detalle en el siguiente ejemplo.

<sup>31</sup> La ecuación a estimar en este caso sería la siguiente:

$$PRECIO = a + b_1 \cdot DEMANDA + b_2 \cdot COSTES + b_3 \cdot MERCADO + b_4 \text{ CÁRTEL} + e$$

donde *PRECIO* representa los precios de un producto en un momento dado del tiempo, en una determinada región o para un cliente; *DEMANDA* recoge una serie de variables que afectan a la demanda (tales como el precio de productos sustitutivos); *COSTES* refleja factores de costes como el precio de los factores de producción; *MERCADO* es una serie de variables que recogen la estructura de mercado y/o las características de los clientes, tales como medidas de su poder de compra; *CÁRTEL* es una variable "ficticia" que toma el valor 1, si la transacción se encuentra afectada por contactos entre los productores, y 0, en caso contrario. El objetivo del análisis sería estimar, en base a transacciones de mercado, el parámetro  $b_4$  indica el impacto del cártel sobre los precios, en media, suponiendo que los factores de demanda, costes, oferta y estructura de mercado se mantienen constantes.

<sup>32</sup> Es importante señalar que para llevar a cabo este análisis es necesario disponer de información sobre transacciones afectadas y no afectadas por los contactos entre competidores. La fuente de estas diferencias puede ser tanto geográfica, como temporal, como entre variedades de productos o clientes, como debida a todos estos u otros factores simultáneamente.

### Un ejemplo: el suministro de leche a los colegios de Ohio <sup>33</sup>

Los distritos americanos seleccionan a los suministradores de leche para sus colegios mediante procesos de subastas. En las décadas de los ochenta y noventa, se descubrieron cárteles que afectaron a estos procesos de licitación en más de doce Estados.

Los métodos econométricos descritos en esta sección permiten distinguir entre el comportamiento competitivo y el colusorio en mercados de subastas. Robert PORTER y Douglas ZONA los aplican al estudio del impacto del cártel mediante el análisis de las subastas afectadas y la comparación de las mismas con subastas competitivas en otros Estados americanos. La pregunta fundamental era si los precios de la leche habían sido más elevados en aquellos distritos escolares en los que se habían producido contactos entre los competidores. Para responder a ella se realizó un análisis de regresión, controlado por multitud de factores que deberían afectar a los precios, además de la existencia o no de contactos entre los competidores.

PORTER y ZONA se fijan en las dos decisiones fundamentales del comportamiento de las empresas en un mercado de subastas: 1) las decisiones de las empresas de productos lácteos de pujar o no, y 2) el nivel de las pujas realizadas.

Los datos a su disposición incluían información correspondiente a todas las subastas de suministro realizadas en Ohio en la década de los ochenta. Entre las empresas participantes se encontraban tanto aquellas acusadas de colusión como otras cuyo comportamiento había sido competitivo. La estimación de los efectos del cártel se basa en la comparación del comportamiento de ambos grupos de empresas. Los resultados confirmaron las diferencias en el comportamiento de las empresas competitivas y las involucradas en el cártel.

Con respecto a la probabilidad de realizar pujas, la comparación entre ambos tipos de empresas se realiza teniendo en cuenta, además de si las empresas están o no involucradas en un acuerdo colusorio, otros determinantes de la decisión de participar en un concurso de licitación, tales como los costes de transporte desde la sede de la empresa hasta el distrito en cuestión, las características de la empresa láctea (si es distribuidora o sólo productora), la presencia de competidores potenciales cercanos, las características del distrito escolar, tales como el tamaño, y las características del contrato y la medida en la que el suministrador esté en condiciones de llevar a cabo el suministro de acuerdo a las especificaciones del concurso, entre otras.

---

<sup>33</sup> R. H. PORTER y J. D. ZONA, «Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding», *Rand Journal of Economics*, vol. 30, núm. 2, 1999, pp. 263-288. M. PESENDORFER examina el impacto de cárteles similares en Florida y Texas en «A Study of Collusion in First Price Auctions», *Review of Economic Studies*, núm. 67, 2000, pp. 381-411.

En segundo lugar, examinan el nivel de las pujas de las empresas participantes en las subastas. De nuevo, la comparación debe tener en cuenta diversos factores que determinan las pujas emitidas por cada empresa, tales como sus costes y las características competitivas del mercado. Los resultados indican que el impacto del cártel sobre los precios de mercado fue de alrededor de un 6,5 por 100.

c) *Características no observables: los efectos fijos y las variables instrumentales*

Hasta ahora hemos considerado la incorporación en nuestras comparaciones de factores observables para el analista y que afectan a la variable de interés. El peligro que entraña el análisis de regresión descrito hasta el momento es que omitamos variables explicativas relevantes no observadas. Si éste fuera el caso, nuestras estimaciones estarían sesgadas, de la misma forma que lo estaban las comparaciones sencillas descritas en el apartado A, pero debidas en este caso a la omisión de determinantes de la variable de interés no observados por el economista.

El ejemplo clásico de este tipo de variables omitidas es el de la habilidad innata en el caso de la estimación de los rendimientos de la educación. Individuos con una mayor habilidad innata suelen tener un nivel educativo más alto y también un mayor nivel de ingresos, de manera que si no incluimos la habilidad entre nuestros controles, el impacto estimado de la educación sobre los salarios reflejará en parte la asociación positiva entre salarios y habilidad. De forma similar, si la formación de un cártel depende de características de los clientes, períodos o regiones afectadas sobre las que el analista no dispone de información directamente observable, las estimaciones del impacto del cártel sobre los precios podrían recoger en cierta medida el impacto de estas variables no observadas<sup>34</sup>.

Ante la existencia de estos sesgos, se han desarrollado técnicas que enriquecen el análisis de regresión y reducen o eliminan el riesgo de que la omisión de variables no observadas sesgue los resultados<sup>35</sup>. Nos referimos aquí brevemente a dos de las técnicas más extendidas. El método empleado con más frecuencia consiste en introducir los llamados "efectos fijos" en los modelos de regresión. Esta estrategia empírica se basa en el uso de observaciones repetidas por los individuos, familias o empre-

<sup>34</sup> Es conveniente señalar que para que la omisión de una variable tenga algún efecto sobre nuestros estimadores es necesario que la variable omitida esté correlacionada con la variable de interés. No es, por tanto, necesario considerar todos los posibles determinantes de nuestra variable de interés, sino sólo aquellos factores que puedan estar correlacionados con la variable cuyos efectos nos interesa.

<sup>35</sup> Para una excelente descripción de los detalles técnicos de estas herramientas empíricas, ver J. D. ANGRIST y A. B. KRUEGER, «Empirical Strategies in Labor Economics», en O. C. ASHENFELTER y D. CARD (eds.), *Handbook of Labor Economics*, vol. 3, New York-North Holland, 1999.

sas analizados, para controlar aquellas de sus características *no observadas* y *constantes* en el tiempo<sup>36</sup>. Si, por ejemplo, observamos a las empresas varias veces a lo largo del tiempo, podemos incluir variables que identifican a cada una de ellas y que controlan por sus características individuales, impidiendo que de la omisión de las mismas resulten estimadores sesgados.

La lógica es la misma que la que empleamos con anterioridad para incluir controles por el lugar de residencia en el ejemplo del impacto de la educación sobre los salarios, pero ahora el “grupo” es el individuo en cuestión, y se puede aplicar para controlar en nuestra ecuación de precios por la existencia de diferencias constantes e inobservables entre clientes, países, regiones, tipos de productos y un sinfín de características que pueden estar relacionadas con los niveles de precios observados. Obtenemos así estimaciones que se basan en la variación en la variable de interés observada específicamente para cada grupo como resultado del fenómeno que estamos tratando de analizar. En el caso que nos ocupa, si tenemos motivos para pensar que la formación del cártel fue consecuencia de, por ejemplo, las características de los clientes o regiones afectadas, incluiríamos un “efecto fijo” para cada cliente o región en el modelo de regresión básica. Esto nos permitiría controlar las diferencias entre regiones o clientes de manera indirecta, e impedir que las estimaciones sean sesgadas.

Todas las soluciones al problema de la posible existencia de sesgos en las estimaciones descritas hasta ahora consisten en incluir en el modelo de regresión variables explicativas adecuadas, bien mediante controles directos en el caso de que éstas sean observadas, bien mediante la inclusión de efectos fijos en el caso de las no observadas por el analista de manera directa. En algunos casos, sin embargo, no es posible eliminar los sesgos de esta forma<sup>37</sup>. Los métodos de “variables instrumentales” son entonces apropiados. Éstos consisten en explotar únicamente parte de la información de las variables clave en el análisis, en concreto la parte no correlacionada con las variables observables omitidas no obser-

---

<sup>36</sup> Otra técnica empleada con frecuencia, la de los estimadores de *diferencias-en-diferencias*, no es más que un caso particular de este método de efectos fijos, en el que el número de períodos (antes y después) y de grupos de comparación (dos) es más limitado. Con este método se compara el comportamiento de un grupo afectado por un acontecimiento de interés con el de otro grupo no afectado por él. Esta técnica se ha empleado en multitud de contextos. Un ejemplo es el del estudio del impacto de la introducción de salarios mínimos sobre el nivel de empleo, mediante la comparación del *cambio* en los niveles de empleo en Nueva Jersey y Pennsylvania antes de la introducción de una ley que elevó los salarios mínimos en el primero de estos Estados. Ver D. E. CARD y A. B. KRUEGER, «Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania», *American Economic Review*, núm. 84 (4), 1994, pp. 772-784.

<sup>37</sup> El caso de la estimación de los rendimientos de la educación es claro. Nos preocupa que la habilidad innata sesgue las estimaciones, pero si incluimos en la regresión un efecto fijo individual, incluso si tenemos observaciones repetidas para cada individuo, no podríamos estimar el impacto de la educación sobre los salarios, ya que el nivel educativo no cambia de un año para otro. Carecemos de la variabilidad individual en la variable de interés que nos permite identificar el efecto individual y el de la educación de forma separada.



vables. Los instrumentos son variables que inducen variabilidad en el fenómeno cuyo efecto tratamos de aislar (el cártel, el nivel de educación, etc.), pero que no afectan por sí mismos a la variable de interés (los precios, el nivel de ingresos, etc.).

De manera intuitiva, este método resuelve el problema de los sesgos por la existencia de variables inobservables utilizando en la estimación sólo la variabilidad inducida por el instrumento sobre el fenómeno relevante<sup>38</sup>. Los instrumentos más populares y fiables son los que resultan de los llamados “experimentos naturales”, situaciones en las que intervenciones gubernamentales o acontecimientos casuales producen un entorno similar al que resultaría de un experimento aleatorio<sup>39, 40</sup>.

El método de variables instrumentales será adecuado para la estimación de los efectos de un cártel si consideramos que incluso la introducción de efectos fijos no es suficiente para descartar la posibilidad de que hayamos omitido información relevante para la determinación de precios en el modelo de regresión. No olvidemos que los efectos fijos permiten controlar por características *constantes* del grupo de interés. Si la formación del cártel se debe a *alternaciones* en las condiciones de sólo algunos de los mercados, por ejemplo, los efectos fijos serán insuficientes y será necesario recurrir a una estimación mediante variables instrumentales. El reto en este caso será la identificación de una o varias variables (los “instrumentos”) que afecten a la formación del cártel pero que no tengan un efecto directo en precios (o cualquier otra variable de interés).

### C. MODELOS ESTRUCTURALES

Los modelos descritos en el apartado B corresponden a lo que los economistas entienden como modelos de “forma reducida”, porque las relaciones entre las variables que se estudian son el resultado de la interacción de relaciones económicas subyacentes. En el caso de la evaluación

---

<sup>38</sup> Para más información, ver J. M. WOOLDRIDGE, *Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2002.

<sup>39</sup> Ejemplos de instrumentos empleados en estudios recientes son la cercanía a una universidad como forma de obtener variabilidad exógena en el nivel de educación, o las características topográficas de los distritos escolares como determinantes del grado de competencia entre colegios, pero que no debería afectar al rendimiento de los alumnos, en el intento de demostrar si la competencia entre centros escolares mejora la calidad de la ecuación. Ver D. C. CARD, «Using Geographic Variation in Collage Proximity to Estimate the Return to Schooling», en L. N. CHRISTOPHIDES, E. K. GRANT y R. SWIDINSKY (eds.), *Aspects of Labour Market Behaviour: Essays in Honour of John Vanderkamp*, Toronto, University of Toronto Press, 1995; C. M. HOXBY, «Does Competition Among Public Schools Benefit Students and Taxpayers?», *American Economic Review*, vol. 90, núm. 5, diciembre de 2000, pp. 1209-1238.

<sup>40</sup> Estos métodos se desarrollaron en los años veinte para la estimación de funciones de demanda y oferta, y más tarde aplicados para corregir el error de medida en los modelos de regresión lineal. Ver J. ANGRIST y A. B. KRUEGER, «Instrumental Variables and the Search for Identification: From Supply and Demand to Natural Experiments», *Journal of Economic Perspectives*, 2001, pp. 69-85.

de los efectos de un cártel, los precios observados resultan de la interacción de una curva de demanda con una de oferta. En este sentido, los parámetros que estimamos en un modelo de forma reducida son, a su vez, función de parámetros estructurales que definen las relaciones económicas subyacentes.

Los modelos estructurales, por su parte, enfatizan el papel de la teoría económica como guía del análisis empírico. El análisis estructural consiste en tratar de estimar los parámetros primitivos definidos por la teoría económica (las preferencias de los consumidores, la tecnología), para después contrastar las reglas de decisión de los agentes derivadas de los modelos económicos.

Para el caso que nos ocupa la adopción de un enfoque estructural supone la especificación y estimación de un modelo econométrico basado en el comportamiento de las empresas y consumidores. Una vez estimado el modelo, se combinan supuestos sobre el comportamiento de las empresas y los consumidores para simular el mercado bajo escenarios alternativos (con y sin colusión, por ejemplo).

a) *Ejemplo 1: el cemento en Noruega* <sup>41</sup>

El mercado noruego de cemento ha estado cartelizado desde los años veinte, hasta que en 1968 las tres empresas productoras se fusionaron y formaron un monopolio. La coordinación de las actividades del cártel se realizaba mediante un oficina de ventas común, *A/S Portland cement-kontor*.

Este cártel tomaba dos decisiones. En primer lugar, la cantidad total de cemento suministrada en el mercado doméstico. En segundo lugar, cómo repartir esta cantidad entre los miembros. En este caso, el reparto del mercado doméstico se realizaba en base a la cuota de producción noruega de cada empresa. Un aspecto interesante de este cártel era que las reglas del acuerdo no restringían la capacidad y la producción total de los miembros: cuando la producción doméstica superaba las ventas fijadas por la oficina central de ventas, el exceso de producción se exportaba a precios de mercado.

RÖLLER y STEEN estudian la efectividad del cartel, y, en concreto, de su regla de reparto del mercado. Emplean datos sobre precios, producción y determinantes exógenos de demanda para identificar la efectividad del cártel y su impacto sobre los consumidores y el bienestar. Su enfoque es estructural, ya que su estimación está basada en reglas de decisión de las empresas. Éstas se enfrentan a un problema de decisión en dos etapas. En la primera, el cártel decide cuántas ventas realizar en el mercado doméstico. Una vez tomada esta decisión, cada miembro del cártel

---

<sup>41</sup> L.-H. RÖLLER y F. STEEN, «On the Workings of a Cartel: Evidence from the Norwegian Cement Industry from 1955-1968», Documento de Trabajo, 2002.

decide cuánto cemento producir, teniendo en cuenta la regla de reparto de mercado.

El primer paso de su análisis empírico es la estimación de la demanda. En segundo lugar, y de acuerdo a la maximización de los beneficios de las empresas y las reglas del cártel, se obtiene una estimación de los costes de las empresas, no observados. Por último, las estimaciones de demanda y costes se emplean para comparar el mercado bajo el cártel y bajo formas alternativas de competencia: monopolio, en concreto.

Sus resultados indican que la regla de reparto de mercado utilizada por el cártel noruego incentivó a las empresas a producir "en exceso" y a exportar a precios incluso menores que los costes marginales para tratar de incrementar su cuota de mercado en el mercado doméstico. El cártel no fue, sin embargo, tan inefectivo como para lograr precios menores que los que habrían resultado de la competencia entre los productores.

b) *Ejemplo 2: subastas en la venta de madera* <sup>42</sup>

Los modelos estructurales se pueden también aplicar al análisis de licitaciones presuntamente colusorias. En este caso, el analista modeliza de forma explícita el comportamiento de los participantes en las subastas y se estiman los parámetros subyacentes que describen el proceso mediante el que los bienes y servicios son subastados.

Un ejemplo de la aplicación de este enfoque es el de las subastas de venta de la madera de los bosques nacionales que lleva a cabo el Servicio Forestal americano. Estas subastas son orales, y en ellas el ganador es el que realiza la puja más elevada. La valoración que cada empresa hace de la madera ofrecida depende, entre otras cosas, de su tamaño (por la existencia de economías de escala) y su distancia al lugar donde ésta se encuentra y los consiguientes costes de transporte. La información sobre las pujas ganadoras y perdedoras en cada subasta se puede explotar para estimar las características de la distribución de la valoración que cada empresa hace de los contratos, el elemento clave de su comportamiento.

Una vez estimadas estas distribuciones subyacentes, los efectos de posibles cárteles se pueden simular empleando las distribuciones estimadas de cada uno de los potenciales participantes en la subasta bajo supuestos alternativos de maximización de beneficios, y, en concreto, bajo competencia entre los participantes en la subasta, y bajo colusión. La comparación de las pujas en uno y otro escenario permite obtener una estimación del impacto de la colusión en las subastas.

<sup>42</sup> L. H. BALDWIN, R. C. MARSHALL y J. F. RICHARD, «Bidder Collusion at Forest Service Timber Sales», *Journal of Political Economy*, vol. 105, 1997.

Este análisis permite reflejar las diferencias entre los participantes en las subastas (debidas, por ejemplo, a diferencias de costes) y tener en consideración los aspectos institucionales de los mecanismos concretos de las subastas analizadas.

## 6. CONCLUSIONES

Los programas de clemencia juegan un papel fundamental en la lucha contra los cárteles, pero no lo son todo. La efectividad de esta lucha requiere un adecuado cálculo de los efectos de los acuerdos prohibidos para que la sanción se aproxime a la óptima.

Si bien la estimación del impacto de los cárteles sobre el mercado presenta dificultades, existen diversos métodos empíricos adecuados para realizar esta tarea. Sea cual sea la variable de interés, bien cantidades, bien precios, u otras características de los productos ofrecidos por las empresas, es posible evaluar si el cártel ha sido efectivo y cuantificar el impacto del mismo.

Como hemos visto, existen varias alternativas, y la elección de un método u otro estará determinada por los datos disponibles para el análisis (si son datos agregados, o si corresponden a transacciones individuales, por ejemplo), por la mecánica del cártel analizado y su esfera de aplicación, o por las características de la industria analizada y los detalles institucionales del funcionamiento del mercado en cuestión. En cada caso, el analista deberá estudiar las alternativas posibles, y decidir qué método es el más apropiado.

Para que el análisis empírico sea factible, es necesario disponer de información que a menudo está disponible y de expertos cualificados en la aplicación de métodos empíricos. Su introducción es cuestión de tiempo, porque de ello depende la efectividad de la política de lucha contra estos acuerdos.

En resumen, y para concluir, el hecho de que estimar los efectos del cártel sobre el mercado y sobre el beneficio de los participantes sea complicado no es una buena razón para no tratar de acometer la tarea. Al fin y al cabo, en la lucha contra los cárteles no hay nada sencillo y lo que está en juego es nada menos que la efectividad de la actuación de las autoridades y la seguridad jurídica de las empresas.

# EL PODER DE COMPRA Y LAS POSIBLES CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN LA CADENA DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

## SEGUNDA PARTE

# COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

### 1. INTRODUCCIÓN

Los problemas que se agitan en torno al mercado de distribución de alimentos son complejos y variados. Como hecho de nuestra problemática social la profesora, que en 1975, participó en la "Revisión de los Problemas Comerciales", en "Evoluciones en función de las cosas" —

Los autores agradecen a la Profesora sus consejos fructíferos y sus orientaciones recibidas en el curso "Problemas Comerciales de Alimentos y Bebidas en la Comunidad" igualmente que a los señores miembros de nuestro jurado: J. María del Carmen Pérez de Lara, por sus útiles observaciones y a la Secretaría de este curso.

La Ley Orgánica 1/1978, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, de 26 de mayo de 1978, con el D.O. 14.695, impuso en el artículo 2.º y 3.º una serie de obligaciones para ciertos comercios de alimentación local sujetos en todo al artículo 24.º del Decreto de 1964 y para el establecimiento comercial de mayor y menor que se encontraban en funcionamiento en el momento de su entrada en vigor, a fin de que una legislación más racional se aplicara que el sistema, exclusivamente con el objeto de evitar que la Comunidad de Madrid se convirtiera en un mercado saturado y en un mercado de poca actividad. Llegada la hora prevista para la derogación total de los límites establecidos en el Decreto de 1964, el Real Decreto de 1980, en el que se promulga el Decreto Orgánico para la Derogación de la Ley Orgánica de Madrid de Alimentos y Bebidas (Ley de 26 de mayo de 1980), enmendó en su artículo 2.º el artículo 2.º del Decreto de 1964, y eliminó la obligación de limitación de capacidad de venta de los establecimientos, tras lo que se derogaron los artículos 2.º y 3.º del Decreto de 1964 y el artículo 2.º del Decreto de 1980, por lo que se derogó el artículo 2.º del Decreto de 1964 y el artículo 2.º del Decreto de 1980.



# EL PODER DE COMPRA Y LAS POSIBLES CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN LA CADENA DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Fernando DIEZ ESTELLA \*

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil  
Coordinador de la Cátedra Fundación ico-Nebrija  
de Derecho y Economía de la Competencia

Margarita FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR

Licenciada en Derecho  
Coordinadora Adjunta de la Cátedra Fundación ico-Nebrija  
de Derecho y Economía de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

Las cuestiones que se generan en torno al mercado de distribución de alimentos son complejas y variadas. Como botón de muestra podemos citar la polémica que se está generando en torno a la liberalización de los horarios comerciales <sup>1</sup>, las limitaciones en función de las cuotas —la

---

\* Los autores agradecen a la Fundación ico el apoyo financiero a esta investigación a través de la Cátedra Fundación ico-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia. Igualmente queremos dejar constancia de nuestra gratitud a María del Carmen Navarro Suey, por sus valiosas sugerencias y la elaboración del esquema de este artículo.

<sup>1</sup> La Ley Orgánica 2/1996, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero de 1996 (BOE, de 17 de enero), disponía en sus arts. 2 y 3 que «cada comerciante determinará, con plena libertad y sin limitación legal alguna en todo el territorio del Estado, el horario de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales de venta y distribución de mercancías, así como los días festivos o no, y el número de horas diarias o semanales, en los que desarrollará su actividad» (art. 2), pero esta disposición no entrará en vigor «hasta que el Gobierno, conjuntamente con el Gobierno de cada una de las Comunidades Autónomas, así lo decidan para su correspondiente territorio, y no antes del 1 de enero del año 2001». Llegada la fecha prevista para la liberalización total de los horarios comerciales el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes para la Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE, de 24 de junio; corrección de errores en BOE, de 28 de junio), cuyo art. 43 retrasaba nuevamente la liberalización hasta el 1 de enero de 2006, y establecía un sistema transitorio. Las grandes superficies exigen que se aborde la liberalización, mientras que los supermercados y el comercio tradicional se oponen a ello; el FMI, por su parte, en el *Informe sobre la Economía Española* publicado el 17

llamada planificación indicativa—, los problemas (en especial la exigencia de doble licencia, municipal y autonómica) para la apertura de nuevos centros por parte de las grandes superficies, que se encuentra en la actualidad prácticamente paralizada por la existencia de barreras legales en este sentido<sup>2</sup>, así como la discusión de los criterios empleados por las autoridades —tanto *antitrust* como gubernamentales— en la autorización de concentraciones entre las grandes cadenas de distribución<sup>3</sup>.

No vamos tampoco, pese a su indudable interés<sup>4</sup>, a centrar nuestra atención en una de las prácticas habituales de las grandes superficies cual es la de exigir unos plazos de pago a sus proveedores que desde muchos sectores han sido considerados como excesivos (en nuestro país llegan a alcanzar los 120 días) y que, frente a la forma —al contado— en que ellos cobran de sus clientes, les lleva a generar un excedente de tesorería sin tener que endeudarse acudiendo a créditos bancarios y pagando ningún tipo de interés, pueden considerarse como práctica abusiva de su posición dominante.

Junto a todo ello, late en el fondo de todo este debate la duda sobre si una intervención por parte de los poderes públicos, con carácter regulatorio, es el mecanismo más eficaz para la erradicación de las prácticas abusivas, o —en el caso de que sea ése el objetivo de política económica perseguido— para la protección de la parte contratante “débil”. Muchas de las prácticas presuntamente restrictivas de la competencia son simplemente consecuencia de la libertad de mercado, y la experiencia en nuestro país —si no, véanse algunas de las repercusiones de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista— es que una intervención en el mercado dirigida a corregir unos presuntos desequilibrios o ineficiencias a veces lo que consigue es simplemente introducir todavía más distorsiones.

Por tanto, hemos de preguntarnos ¿pueden las asimetrías de poder entre las partes contratantes en la cadena de distribución comercial —en

---

de noviembre de 2003, reclama al Gobierno español «que se preserve la unidad nacional de mercado y se incremente la libre competencia».

<sup>2</sup> Ver el *Informe sobre las Condiciones de Competencia en el Sector de la Distribución Comercial* (I 100/02), publicado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 2003.

<sup>3</sup> Ver E. NAVARRO VERONA y H. GONZÁLEZ DURANTEZ, «Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a las grandes superficies de distribución minorista», en AAVV, *Derecho de la Competencia europeo y español. Curso de iniciación*, vol. IV, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 41-63. Las decisiones más relevantes sobre concentraciones de las grandes superficies son las siguientes: Decisión de la Comisión de 20 de noviembre de 1996 en el asunto Kesko/Tuko (DOCE, núm. L 110); Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el asunto Rewe/Meinl (DOCE, 1999, núm. L 274), y la Decisión de la Comisión de 25 de enero de 2000 en el asunto Carrefour/Promodès (DOCE, núm. C 164, 2000). En el ámbito español destacan los Informes del TDC de 4 de mayo de 2000, Expte. C. 52/00, Carrefour/Promodès; de 27 de abril de 2001, Expte. C. 64/01, Pío Coronado/Cemetro, y la aprobación por parte del Consejo de Ministros de la toma de control exclusivo de Enaco por Caprabo (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 2002), y de 28 de mayo de 2002, Expte. C. 70/02. Finalmente, la última en aprobarse ha sido la adquisición por Caprabo de la cadena Alcosto, Informe del TDC, de 19 de diciembre de 2003, Expte. C. 83/03.

<sup>4</sup> Ver, como botón de muestra, la polémica por esta práctica del aplazamiento de pago, A. COSMEN, «El negocio financiero de las grandes superficies», *Expansión*, 6 de diciembre de 2002, p. 54.



sus relaciones verticales— afectar al funcionamiento competitivo de los mercados?; ¿es necesaria una intervención administrativa en este sentido o puede dejarse esta tarea al propio mercado, y a la legislación existente sobre cumplimiento de los contratos y lealtad y justicia en las relaciones comerciales entre particulares?

Abordar toda esta problemática con carácter global excede el objeto de estudio de este artículo que, dejando al margen estas cuestiones, se va a centrar única y exclusivamente en la posible existencia de prácticas abusivas por parte de las grandes superficies en uno <sup>5</sup> de sus respectivos mercados de actuación: el mercado (ascendente) de las compras, es decir, el mercado de aprovisionamiento de las grandes superficies.

En especial, y esto es uno de los rasgos más definitorios de las problemáticas que rodean las relaciones distribuidores-proveedores, nos hallamos ante una casi absoluta inexistencia de pronunciamientos jurisprudenciales, porque las prácticas abusivas existen, son conocidas, ... pero no se denuncian, por la sencilla razón de que el temor a las represalias <sup>6</sup> —y las consecuentes pérdidas económicas para el proveedor— opera aquí como un “requisito de procedibilidad” que hasta la fecha ningún potencial demandante ha conseguido superar. No sorprende, por tanto, que a pesar de la multiplicidad de posibilidades jurisdiccionales y herramientas legales de protección (Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Competencia Desleal, por la vía ordinaria, por la vía administrativa, reforma de la Ley 52/1999, duplicación del ilícito, etc.) nuestras autoridades no se hayan pronunciado hasta el momento en ningún caso de explotación de una situación de dependencia económica.

Tras esta breve introducción, se dedicará el epígrafe 2 a un repaso a los cambios que ha experimentado la estructura empresarial del sector de la distribución comercial de alimentos, necesario para entender las prácticas a las que se hará referencia a lo largo de estas páginas. Seguidamente, los epígrafes 3 y 4 se dedicarán a las principales nociones de Teoría Económica y de Derecho de la Competencia que van a manejarse en el análisis efectuado, principalmente la definición de mercados relevantes en este sector y la noción de dependencia económica. La cuestión principal —desde un punto de vista teórico— que preocupa en el escenario así definido es el resultante poder de compra de las grandes superficies y cadenas de la distribución comercial, cuestión a la que se dedica el epígrafe 5. Finalmente, en el epígrafe 6 se ofrece un catálogo de posibles prácticas anticompetitivas que se derivan del ejercicio abusivo de ese poder de compra.

<sup>5</sup> Como es sabido, en este sector es clásica la distinción entre este mercado y el mercado (descendente) de las ventas, es decir, el mercado en el cual se venden los productos básicos de la cesta de la compra a los consumidores finales.

<sup>6</sup> Estas varían desde la medida más drástica, que es la conocida como “deslistado” o “descatalogación”, y que supone sencillamente la desaparición de tu producto de las estanterías del distribuidor comercial, hasta otras tipo empeoramiento de las condiciones comerciales, ralentización de las órdenes, etc.

## 2. CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL DEL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL DE ALIMENTOS

A partir de los años cincuenta<sup>7</sup> el sector de la distribución comercial de productos de gran consumo comenzó a cambiar su configuración sensiblemente por la aparición de los grandes grupos de distribución comercial. Estos grupos se convirtieron en el punto clave de la cadena de valor del mercado, una posición que ostentaban anteriormente los fabricantes. Y ello gracias al fenómeno de la concentración de un elevado poder de compra, que les colocaba en una posición de preeminencia frente a fabricantes, empresas distribuidoras de menor tamaño, e incluso frente al cliente, a quien se le presentaba un nuevo modelo de adquirir productos de gran consumo. Este fenómeno fue especialmente notable en el sector de la distribución de alimentos.

Desde su aparición, las grandes empresas de distribución vienen intentando incrementar su tamaño con el fin de poder aprovechar las economías de escala, experiencia y alcance para mejorar su posición competitiva en el mercado. A ello hay que añadir que la integración progresiva de los mercados de los países miembros de la Unión ha favorecido la creación de los grandes grupos de distribución internacional que operan actualmente en toda Europa, con lo que el problema de la aplicación de las normas de competencia ha adquirido una dimensión comunitaria.

En España las principales circunstancias que, en líneas generales, han caracterizado este sector en los últimos años son un aumento progresivo del tamaño de las empresas de distribución y una tasa elevada y creciente de concentración empresarial. Estas y otras circunstancias, que no se mencionarán porque exceden el objeto de este trabajo, han llevado a reestructurar los canales de distribución de los productos alimenticios<sup>8</sup>.

En lo que se refiere al mercado de aprovisionamiento, el crecimiento de las grandes cadenas de distribución ha elevado su poder de compra, lo que aumenta de manera significativa su poder de negociación frente a fabricantes y proveedores. Por otra parte, muchas de estas empresas han llegado a realizar procesos de integración vertical "hacia atrás" para asegurarse el aprovisionamiento de algunos productos. Ante esta situación, las empresas distribuidoras de menor tamaño han tenido que llevar a cabo diversas acciones con el fin de subsistir en el mercado. Una de estas acciones es aumentar su poder de compra agrupándose bajo las denominadas centrales de compra, para lograr mayor poder de negociación con los fabricantes y proveedores.

<sup>7</sup> C. BABUSIAU, *L'Etat de dépendance économique et commerciale des fournisseurs vis a vis les grandes groups de distribution*, intervención en el European Competition Forum, celebrado en la DG COM de la Comisión Europea, en Bruselas, los días 3 y 4 de abril de 1995.

<sup>8</sup> I. CRUZ ROCHE *et al.*, «Concentración y competencia en los canales de distribución de productos alimenticios», *Papeles de Economía Española*, núm. 96, 2003.

Los fabricantes también se ven afectados por estos cambios en las relaciones verticales, ya que, en muchas ocasiones, se encuentran en una posición débil o de excesiva dependencia frente a las empresas de distribución.

Todo lo que acontezca en el mercado de las compras o de aprovisionamiento tiene una importancia vital, pues puede llegar a influir en la posición competitiva de una empresa en el mercado de las ventas. En efecto, el denominado efecto espiral<sup>9</sup> ayuda a explicar el hecho de que, cuando un agente económico aumenta su poder en el mercado de aprovisionamiento, a su vez se traducirá en una mejora de su posición en el mercado de las ventas. Esta circunstancia no constituye, *a priori*, una vulneración de las normas de competencia, porque cuanto mayor sea el poder de negociación de una empresa de distribución en el mercado de las compras, mejores precios y condiciones podrá obtener de sus fabricantes, lo que puede traducirse en ciertas ventajas para el consumidor<sup>10</sup>. Los principales inconvenientes se presentan en el caso de que el operador en cuestión posea una posición dominante, por la cual logre aprovechar su poder en el primer mercado para imponerse en el segundo.

Según los datos<sup>11</sup> del Directorio Central de Empresas, hasta el 2002 el sector del comercio al por menor de alimentación en España se estructura en torno a un número muy elevado de empresarios autónomos (86 por 100), vinculados normalmente a tiendas tradicionales, y a un número comparativamente más bajo de sociedades (14 por 100), principalmente supermercados e hipermercados, que, sin embargo, absorben el 83 por 100 del empleo asalariado del sector.

En cuanto a la espinosa cuestión de si la expansión de los modelos de distribución tipo gran superficie van a abocar a la desaparición del pequeño comercio tradicional —en la literatura anglosajona se usa el término “la tienda de la esquina”—, que es, como veremos, lo que ha alimentado la discusión en este ámbito e incluso ha llegado a propiciar reformas legislativas como la operada por la Ley 52/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia, los datos que proporciona el Ministerio de Agricultura, Pesa y Alimentación sobre tipo de establecimiento establecen un predominio, a finales de los años ochenta, de las tiendas tradicionales, con una cuota de mercado, calculada sobre las ventas a hogares de algo más del 50 por 100 y una estructura del sector muy atomizada.

<sup>9</sup> Ver Decisión de la Comisión de 25 de enero de 2000 en el asunto Carrefour/Promodès, cit., que recoge, en este punto, la argumentación ofrecida por la Comisión en su decisión Rewe/Meinl, al hablar de ese efecto bola de nieve o espiral de dominio: «*generalmente, cuanto mayor es el volumen de compras... más favorables son las condiciones que obtiene y mayores son sus posibilidades de adquirir nuevas cuotas..., lo que a su vez se traduce en un nuevo aumento del poder de compra (...) que ofrece la posibilidad de someter, o incluso eliminar, a los competidores que aún existan en el mercado de la distribución.*»

<sup>10</sup> Ver NAVARRO y GONZÁLEZ, *op. cit.*

<sup>11</sup> Recogidos en A. ESTEBAN y M. LLANOS MATEA, «Transformaciones estructurales, precios y márgenes en el sector de distribución al por menor de alimentos», *Boletín Económico*, Banco de España, junio de 2003, pp. 51 ss.

Sin embargo, desde entonces han ido perdiendo cuota de mercado a favor de otros modelos de gran distribución comercial, tipo supermercados e hipermercados, de manera que en el año 2001 las tiendas tradicionales sólo absorbían un 31 por 100 de cuota, mientras que los supermercados participaban en un 42 por 100 y los hipermercados en un 18 por 100. Con todo, y debido principalmente —y esto constituye un motivo permanente de queja de la ANGED, la patronal del sector de las grandes superficies— a las trabas legales existentes en algunas CCAA para la apertura de nuevos establecimientos, este proceso se ha ralentizado en los últimos años.

Otros organismos representativos del sector, como la AECC (Asociación Española de Centros Comerciales), cifran en más de 2.000 millones de euros anuales las inversiones que están paralizadas por falta de licencias y la maraña legislativa que regula el comercio en España<sup>12</sup> (según datos de la Secretaría de Estado de Comercio, en España existen más de 700 normas legales referentes al sector de la distribución comercial, de las que más de 200 son de aplicación directa para las empresas).

### 3. DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES

#### A. EL MERCADO DE LAS VENTAS

Aunque, como ha quedado dicho en la introducción, este mercado no va a ser objeto de análisis, sí nos ha parecido interesante recoger al menos los elementos esenciales en cuanto a su definición de producto relevante, y las prácticas abusivas que se han denunciado en el mismo.

El mercado de distribución o de las ventas hace referencia a todos aquellos productos de consumo diario, principalmente alimentarios, que los consumidores esperan encontrar en un supermercado. Todos ellos forman parte de la cesta de la compra y no se incluyen aquí otros productos que, aun comercializándose en las grandes superficies (electrodomésticos, muebles, ordenadores, discos, etc.), no forman parte de ese grupo de productos de consumo diario.

Existe unanimidad sobre la consideración de un único mercado de distribución minorista del tipo “autoservicio”, con independencia del tamaño del establecimiento en el que se produzca dicha venta (hipermercados, supermercados, autoservicios de barrio, etc.). Sin embargo, las tiendas tradicionales o especializadas en las que es necesario que el producto sea suministrado directamente por un dependiente constituyen un mercado diferenciado.

Por lo que se refiere a la dimensión geográfica del mercado de la distribución minorista o de las ventas, se trata de un mercado local, que

<sup>12</sup> Datos recogidos del artículo «El informe de competencia reaviva la guerra entre grandes y pequeños comercios», *Diario ABC*, 31 de agosto de 2003, pp. 26 y 27.

cubre el espacio geográfico en el que es razonable que un consumidor se desplace para realizar una compra determinada. La Comisión ha definido este espacio como un radio de veinte minutos en coche <sup>13</sup>, mientras que el Tribunal de Defensa de la Competencia <sup>14</sup> ha señalado que este radio es de aproximadamente entre quince minutos (cuando los establecimientos están situados en núcleos urbanos) y treinta minutos (cuando los establecimientos se hallan en núcleos rurales o no existen otros establecimientos en la zona delimitada <sup>15</sup>.

La posible existencia de prácticas abusivas en el mercado de la distribución minorista ha saltado a la palestra recientemente con las polémicas subidas de precios de las frutas y verduras que se apreciaron en los últimos meses del año 2003. Dado el impacto social de este tipo de subidas en productos de consumo diario, el Servicio de Defensa de la Competencia inició una información reservada a mediados de octubre con objeto de identificar las posibles explicaciones económicas a tales comportamientos de precios y, en su caso, la existencia de indicios de conductas contrarias a la legislación de defensa de la competencia.

Esta investigación ha dado lugar a un Informe publicado el 19 de enero de 2004, (en adelante, el Informe), donde se analiza la evolución de los precios y las diferencias existentes entre el precio que recibe el agricultor y el precio al que se vende el producto al destinatario final. El Informe se centra en seis productos hortofrutícolas cuya subida de precios ha sido anormalmente elevada: el tomate, la lechuga, el pimiento, la judía verde, la pera y la manzana.

En este sentido, el «Panel del Consumo Alimentario» del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que proporciona información sobre los precios que pagan los hogares españoles por la adquisición de productos de alimentación, distinguiendo entre las diversas modalidades de comercialización al por menor existentes, destaca, para el período 1994-2001 que, en general, los precios son mayores en las tiendas tradicionales que en los hipermercados y supermercados, siendo estos últimos los que establecen los precios más bajos <sup>16</sup>.

Por otro lado, y en sentido contrario al anterior, las empresas aceiteras, a través de la patronal de la industria alimentaria (FIAB), han presentado una denuncia ante la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid contra Carrefour, acusando a la multinacional francesa de vender el aceite de oliva por debajo de costes, a través de la marca blanca de Carrefour.

Por su parte, y también en este mercado de las ventas, el pequeño comercio no se ha quedado callado y está preparando <sup>17</sup>, a principios

<sup>13</sup> Decisión Rewe/Meinl, Sección 18.

<sup>14</sup> Informe del TDC Carrefour/Promodès, FD 4.2.

<sup>15</sup> E. NAVARRO VERONA y H. GONZÁLEZ DURANTEZ, «Aplicación...», cit., pp. 45 y 46.

<sup>16</sup> Ver ESTEBAN y LLANOS, *op. cit.*, pp. 56 ss.

<sup>17</sup> Ver noticia de prensa, «Ofensiva en los Tribunales del pequeño comercio contra las grandes superficies», *Expansión*, 19 de enero de 2004.

de 2004 y a través de la patronal CECOMA (Confederación Española de Comercio Minorista), una ofensiva de denuncias ante los Tribunales a las grandes empresas de distribución por abusar de posición de dominio, vender por debajo de costes, incumplir el período de rebajas y realizar publicidad engañosa.

No deja de llamar la atención que, en esta “batalla”, los supermercados se hayan posicionado del lado del comercio minorista para hacer frente común frente a los hipermercados, y que —en palabras del presidente de la patronal ASEDAS (Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados)— se afirme que la polémica sobre la liberalización en materia de horarios y de aperturas en festivos sea una polémica interesada, ya que «estamos ante uno de los sectores más competitivos de Europa»<sup>18</sup>.

## B. EL MERCADO DE LAS COMPRAS O DE APROVISIONAMIENTO

El mercado de las compras o mercado de aprovisionamiento se corresponde con el mercado de adquisición de productos por parte de los mayoristas y minoristas a los fabricantes. El criterio determinante para la delimitación del mercado es la flexibilidad para sustituir el suministro por parte de los que adquieren la mercancía y sus mercados de compra alternativos. La flexibilidad para el cambio de proveedor dependerá del producto de que se trate, por lo que no se puede hablar de un mercado de compras exclusivo, sino de diferentes mercados en función del producto de que se trate<sup>19</sup>.

Asimismo, la Comisión ha tomado en consideración el grado de flexibilidad de la oferta en relación con los distintos canales alternativos de ventas de los fabricantes (sector minorista, sector mayorista, comercios especializados, exportación, etc.), pudiendo delimitarse el mercado de aprovisionamiento en atención a cada uno de estos canales, dado que los fabricantes no pueden pasar con facilidad de un canal a otro, puesto que existen diferencias en función del tamaño de los envases, presentación y empaquetado.

En cuanto a la dimensión geográfica, la Comisión considera que los mercados de aprovisionamiento en las categorías de productos indicados previamente son nacionales. Esta delimitación se debe principalmente a las preferencias de los consumidores, que suelen variar de un país a

<sup>18</sup> Ver entrevista a José Pedro Pérez-Llorca, «En el sector de la distribución no hace falta más competencia», Diario ABC, 5 de enero de 2004, pp. 70 y 71.

<sup>19</sup> En la Decisión Carrefour/Promodès la Comisión diferenció 23 mercados de aprovisionamiento diferente, en función de los productos: líquidos, droguería, perfumería e higiene, alimentación no perecedera, parafarmacia, productos perecederos en formato de libre servicio, carnicería, pesquería, frutas y legumbres, panadería y pastelería fresca, charcutería, bricolaje, hogar, cultura, juegos y ocio, jardín, automóvil, grandes electrodomésticos, pequeños electrodomésticos, fotografía y cine, alta fidelidad y sonido, televisión y vídeo, textil y zapatos.

otro, aunque en relación con ciertos productos pueden existir mercados geográficos de menor tamaño (por ejemplo en el mercado de productos frescos)<sup>20</sup>.

#### 4. NOCIÓN DE POSICIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

La posible existencia de prácticas abusivas por parte de las grandes cadenas de distribución en el mercado de las compras se encuadraría dentro del art. 6 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia, concretamente, en el párrafo 6.1.b), que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas *de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.*

Como es conocido, esta nueva redacción fue incorporada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (BOE, de 29 de diciembre) y suscitó —entre otras— polémica en torno a la necesidad de la ampliación del artículo relativo a la posición dominante conjunta<sup>21</sup>. El abuso de la dependencia económica ya estaba recogido en el art. 16.2 de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991, que antes de su modificación por la Ley 52/1999 establecía: *«Asimismo, se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad»*. En la actualidad, la duplicidad de ambos textos normativos es palpable, con la correspondencia prácticamente total entre las letras f) y g) del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y el art. 16.3 de la Ley de Competencia Desleal.

La introducción de este aspecto concreto de la reforma de nuestra LDC, prevista para proteger a los pequeños proveedores de la fuerza ejercida por los grandes grupos comerciales, como el resultante de la fusión *Pryca-Continente*, ya que no estaba previsto el texto propuesto por el Gobierno, se hizo a instancia del Grupo parlamentario Catalán (enmiendas 79 y 80)<sup>22</sup> y del Grupo parlamentario Coalición Canaria (enmiendas 81 y 82)<sup>23</sup>, y fue rápidamente calificada por la doctrina como

<sup>20</sup> E. NAVARRO VERONA y H. GONZÁLEZ DURANTE, «Aplicación...», cit., pp. 47 y 48.

<sup>21</sup> Ver, por ejemplo, J. PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto», *GJ*, núm. 205, enero-febrero de 2000, pp. 33-40; E. PRIETO KESSLER, «Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio», *GJ*, núm. 205, enero-febrero de 2000, pp. 22-32; J. PELLISÉ CAPELL, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LDC*, Pamplona, 2002; ídem, *La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LDC)*, Madrid, 2002.

<sup>22</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 14 de octubre de 1999, Serie A, núm. 175-8, p. 84.

<sup>23</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 22 de octubre de 1999, Serie A, núm. 175-10, p. 93.

«oportunista y con sesgo contrario a los grandes operadores del sector minorista»<sup>24</sup>.

Pasado un tiempo de su entrada en vigor, la doctrina ha hecho juicios ponderados y la opinión mayoritaria y más autorizada sigue siendo la misma: «la nueva conducta abusiva tipificada por el legislador se desenvuelve en el seno de las relaciones comerciales establecidas entre empresas que no tienen un poder negociador semejante (...). Así ocurre, por ejemplo, en las relaciones de las empresas de la gran distribución con sus proveedores»<sup>25</sup>.

Desde luego, aunque la tipificación de la explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal no ha estado exenta de críticas<sup>26</sup>, lo que se discutía era la oportunidad de su encuadramiento sistemático en la LCD y no en el elenco de prohibiciones *antitrust*. En ningún momento se había propuesto la conveniencia de una tipificación paralela, por entender que, para los casos “sub-umbral”<sup>27</sup> de la LDC o “pequeño poder económico” era suficiente el art. 16.2 LCD como “función de cobertura”<sup>28</sup> para evitar que comportamientos no perseguibles en sede *antitrust* quedaran impunes. En el caso de que dicha explotación tuviera, además, relevancia sensible, caería en el ámbito público de los órganos administrativos *antitrust* sin dificultad a través del mecanismo del art. 7 LDC. Por tanto, la opción adoptada por nuestro legislador, que parece querer evidenciar así su firme determinación política de perseguir estas prácticas, desde un punto de vista de técnica legislativa, ha sido errónea.

Es importante insistir en que el ámbito en el que ahora nos encontramos no es solamente el de la regulación *antitrust*, sino —dado que los problemas entre un comprador y su proveedor son un conflicto entre particulares, no una cuestión de interés público— el de la deslealtad de mercado; esto es así porque el art. 16.2 LCD está llamado a preservar la competencia económica de las restricciones estructurales y funcionales que pueda deparar la libertad con que ciertas empresas cuentan al conformar sus relaciones con otras empresas gracias a la asimetría de su respectivo poder en el mercado, asegurando que la conducta de las primeras no difiere de la que debieran observar en una situación de equilibrio, si se vieran sometidas a la presión de otras empresas con un poder equiparable en su mismo mercado.

<sup>24</sup> S. MARTÍNEZ LAGE, «Sin pena ni gloria» (Editorial), *GI*, núm. 204, diciembre de 1999, p. 7.

<sup>25</sup> R. GARCÍA MARTÍNEZ, «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito *antitrust* en la Ley Española de Defensa de la Competencia», *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, cuarto trimestre de 2001, p. 314.

<sup>26</sup> Ver, por todos, J. MASSAGUER FUENTES, «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta*, t. II, Valencia, 1995, pp. 2203-2268.

<sup>27</sup> C. PAZ-ARES, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política *antitrust*», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, p. 107.

<sup>28</sup> A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La Competencia Desleal*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Civitas, 1988, p. 109.



Esta figura, completamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico concurrencial, e inexistente en el Derecho de la competencia comunitario, proviene de la legislación antitrust alemana<sup>29</sup>, que ante la creciente concentración de la distribución y las quejas de los fabricantes sobre el poder de compra de los distribuidores la introdujo en 1957 para combatir el uso abusivo del poder de compra de la gran distribución. Siguiendo el ejemplo alemán, Francia introdujo una disposición similar<sup>30</sup> en 1986, habiéndose regulado también en otros países en fechas recientes.

De hecho, y fruto de la preocupación por parte de las autoridades comunitarias de lo extendido y generalizado de estas prácticas, no han faltado en estos últimos tiempos propuestas concretas<sup>31</sup> de introducir, en el Derecho comunitario de defensa de la competencia, una regulación específica de la figura de la explotación de una situación de dependencia económica similar al existente en la Ley española.

La necesidad de introducir una prohibición expresa de esta conducta se fundamenta en la imposibilidad de perseguirla a través de los instrumentos habituales de la legislación *antitrust*, ya que de los pactos colusorios (arts. 1 LDC y 81 del Tratado UE) y el abuso de posición dominante (arts. 6 LDC y 82 del Tratado UE) se escapan la prohibición de conductas abusivas unilaterales cometidas por empresas no dominantes, lo que afecta claramente al sector de la distribución, en donde es frecuente la existencia de una relación de dependencia —o también llamado *poder relativo de mercado*— entre el proveedor y el comprador.

Como es sabido, las relaciones comerciales entre fabricante y distribuidor, distribuidor y mayorista, mayorista y minorista, etc., han sido desde siempre una de las mayores fuentes de conflictos jurídicos derivados tanto de presuntos acuerdos colusorios como abusos de posición dominante (si se consideran desde el ámbito *antitrust*) y toda la gama posible de infracciones contractuales (si se consideran desde la perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos). Por poner algunos ejemplos a título de muestra, el TDC ha tenido ocasión de pronunciarse, en este sentido, en el ámbito de la distribución de productos de farmacia y cosméticos (Resolución Cosméticos Farmacia)<sup>32</sup>, venta de prensa a través de los

<sup>29</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 27 de julio de 1957, modificada el 1 de enero de 1999, art. 20 (2).

<sup>30</sup> *Ordonnance*, núm. 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, *relative a la liberté des prix et de la concurrence*, modificada por Ley 96-588, de 1 de julio de 1996.

<sup>31</sup> Ver, por ejemplo, las intervenciones de las diversas autoridades de varios Estados miembros y de funcionarios de la DG COM en el European Competition Forum, celebrado en la DG COM de la Comisión Europea, en Bruselas, los días 3 y 4 de abril de 1995. El representante francés, Sr. Babusiau, afirmó a este respecto que «el Derecho comunitario, en la actualidad, es de poca ayuda para enfrentarse a los efectos del poder de compra de los distribuidores», y, tras preguntarse si sería oportuna una reforma en este sentido, señala que «aunque dicho poder pueda resultar en un comportamiento que distorsione la competencia, o choque con los principios que todos los países defienden —que los contratos tienen que ser equilibrados, estables y cumplidos justamente—, no me pronunciaré por el momento, ya que esta cuestión hace referencia a la defensa de la competencia leal y, en consecuencia, a la regulación de las prácticas comerciales en los negocios».

<sup>32</sup> Resolución del TDC de 31 de julio de 1996, Expte. 363/95.

quioscos (Resolución Prensa Segovia)<sup>33</sup>, la distribución comercial de productos de marca a través de franquicia (Resolución Benetton)<sup>34</sup>, la modificación de los términos contractuales de suministro (Resolución Resopal)<sup>35</sup>, y —por supuesto— todos aquellos contratos de distribución que impliquen algún de tipo de obligación de exclusividad o carácter selectivo (Resolución Sandoz)<sup>36</sup>.

En nuestro país antes de la reforma operada por la Ley 52/1999 se dio algún precedente en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia señaló que no cabe enjuiciar la legalidad de determinadas prácticas comerciales cometidas por grandes superficies al amparo del art. 6 LDC (ofertas de 2 por 1, regalos, etc.), al no haberse acreditado que dispongan de posición de dominio en el mercado. Así, en su Resolución de 26 de octubre de 1987 (Expedientes 229/87 y 462/87):

*«Tampoco puede hacerse entrar en la conducta de la sucursal de las Rozas de la sociedad Alcampo, S. A., en la descripción de abuso de posición de dominio (...), por la sencilla razón de que no dispone de una situación de dominio del mercado, ya que, por el contrario, ni es única oferente de los productos que vende, ni, en unión de otra u otras empresas, es la sola oferente de estos productos».*

En cambio en la Ley alemana contra los actos restrictivos de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) sí existe una previsión de esta figura, la contenida en el párrafo 20 (2) —en la redacción dada por la reforma de 1 de enero de 1999— cuando establece que

*«la subsección 1.ª también se aplicará a aquellas empresas y asociaciones de empresas en la medida en que pequeñas y medianas empresas o proveedores o compradores de ciertos tipos de bienes o servicios comerciales dependan de ellas hasta tal extremo que no exista la posibilidad razonable y suficiente de cambiar a otra empresa».*

Los tipos de dependencia que la Ley alemana contempla pueden describirse y varían según los autores y los criterios que se elijan para tal categorización; por señalar una posible, podemos establecer los siguientes:

- 1) Dependencia en función de los artículos: tiene lugar cuando existe algún tipo de producto o marca tal que un vendedor o un distribuidor tiene necesariamente que tenerlo si quiere ser competitivo.
- 2) Dependencia basada en una relación comercial individual: tiene lugar cuando una empresa realiza un gran porcentaje de sus compras de un proveedor concreto o vende un alto porcentaje de su producto a un comprador específico.
- 3) Dependencia basada en carestías: tiene lugar cuando una empresa no puede garantizar el suministro de un tipo particular de bien o producto.

<sup>33</sup> Resolución del TDC de 18 de febrero de 1999, Expte. 434/98.

<sup>34</sup> Resolución del TDC de 12 de junio de 2002, Expte. R. 466/01.

<sup>35</sup> Resolución del TDC de 31 de marzo de 1997, Expte. R. 189/96.

<sup>36</sup> Resolución del TDC de 11 de diciembre de 1998, Expte. 409/97.

De todos estos supuestos, cobra especial interés para nuestro análisis el segundo, en el contexto específico de las relaciones verticales de las grandes cadenas de distribuidores comerciales con sus proveedores, los fabricantes de productos. La capacidad de estos grandes *retailers* de explotar la dependencia económica de quienes les venden toda o casi toda su producción es, como ha quedado dicho, una especial fuente de preocupación de las autoridades *antitrust* en la actualidad, y para evitarlas es para lo que se intentan reformas legislativas como la de la *GWB* alemana: «el art. 26 (2) de la *GWB* prohíbe abusar del poder de compra del que resultan prácticas que restringen de manera injusta el acceso al mercado a unas empresas y a otras no»<sup>37</sup>.

Igualmente enriquecedor resulta el análisis de la regulación de esta figura en el modelo italiano, el art. 9 de la Ley núm. 192<sup>38</sup>, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, en el que esta norma, pese a su evidente naturaleza *antitrust*, está recogida en el ordenamiento civil, reformada recientemente y aprobada por el Parlamento el 18 de junio de 1998. El concepto de abuso y de “empresa en situación de dependencia económica”<sup>39</sup> tiene claras resonancias de las leyes alemana y francesa:

«L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione de condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto».

Desde un amplio sector doctrinal<sup>40</sup> se ha criticado la inclusión de esta norma en el ámbito de la regulación civil, a pesar de que el organismo regulador italiano, *l'Autorità garante della concorrenza*, sí es favorable a esta situación. Pensamos que, en la medida en que la dependencia económica puede generar las mismas prácticas anticompetitivas que se derivan de una situación monopolística y, en consecuencia, la misma pérdida de bienestar y perjuicio para el mercado, debe ser también controlada en sede *antitrust*.

## 5. EL PODER DE COMPRA

### A. INTRODUCCIÓN

El poder de mercado desde el lado de la demanda, el *buyer bargaining power* derivado de la existencia de un único comprador (llamado *monop-*

<sup>37</sup> L. VOGEL, «Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe», *ECLR*, vol. 19 (1), 1998, p. 8.

<sup>38</sup> *Gaceta Ufficiale*, núm. 192, 22 de junio de 1998.

<sup>39</sup> Se entiende como tal la situación en la que «un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

<sup>40</sup> Ver, por ejemplo, la posición defendida por C. OSTI, «L'abuso di dipendenza economica», *Mercato concorrenza regole*, año I, núm. 1, 1999, pp. 38 ss.

sonista) o bien varios pero que pueden actuar conjuntamente (*oligopsonio*), es el otro lado del problema de quien se encuentra en una situación de dependencia económica, y es el que teóricamente propicia la realización de prácticas abusivas por parte de las grandes cadenas de distribución comercial frente a sus proveedores.

No se trata aquí de hacer un análisis exhaustivo de estas figuras ni de profundizar en los postulados microeconómicos que caracterizan el ejercicio del poder de mercado desde el lado de la demanda, pero, además del tema que nos ocupa, es también una cuestión de creciente interés, por la apreciable tendencia de los demandantes —no sólo las grandes superficies— a organizarse en cooperativas y todo tipo de asociaciones para llevar a cabo las compras conjuntamente. Como se ha señalado en el ámbito estadounidense, «dado que el objetivo de muchos “grupos de compra” es la obtención de precios más favorables y otros términos para sus transacciones, este tipo de operaciones pueden dar lugar a violaciones *antitrust* (...) aunque no ha habido aplicación por parte de el Gobierno de esta cuestión en años recientes»<sup>41</sup>.

En efecto, la preocupación de las autoridades *antitrust* por los posibles abusos cometidos en este sentido por las grandes superficies y cadenas comerciales de distribución minorista ha llevado a la aparición, en los últimos años, de numerosos informes sobre la situación competitiva de este mercado, como el de la *Competition Commission*<sup>42</sup> inglesa, el de la *Office of Fair Trading*<sup>43</sup>, o el de la propia Dirección General de Competencia de la Comisión Europea<sup>44</sup>.

Por ser el más completo, nos detendremos en el primero de ellos, *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom* (en adelante *Supermarket Report*). En efecto, este extenso informe elaborado por la *Competition Commission* a propuesta del Director General de la OFT dedica todo el capítulo 11 a *las relaciones entre las cadenas comerciales y sus proveedores*, en el que se da cuenta de las quejas que existen en cuanto a las relaciones entre estos grandes clientes y sus proveedores, a la par que cierta aprensión y miedo a las represalias llevó a muchos empresarios a no querer ser nombrados<sup>45</sup>. Después de hacer constar (párrafo 11.1) la preocupación existente en

<sup>41</sup> K. FENTON, «Antitrust Counseling in Group Buying Issues», *12-SPG Antitrust*, 23, 1998, p. 26.

<sup>42</sup> *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, UK Competition Commission Report, julio de 2000 (disponible en la página web oficial de dicho organismo, <http://www.competition-commission.org.uk/reports/446super.htm>, visitada el 1 de octubre de 2001).

<sup>43</sup> *Competition in Retailing*, Research Paper, núm. 13, Office of Fair Trading, septiembre de 1997 (disponible en la página web del organismo: <http://www.ofi.org.uk>, visitada el 30 de octubre de 2001).

<sup>44</sup> *Buyer Power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union*, Informe preparado para la DGIV, núm. IV/98/ETD/078, mayo de 1999.

<sup>45</sup> Ver los tintes un tanto “dramáticos” con los que los que participaron en la elaboración de este informe remitiendo cuestionarios o participando en vistas orales exigían la absoluta confidencialidad como garantía necesaria para dar cualquier información, párrafo 11.22, p. 234.

la OFT de que el poder de compra derivado del tamaño no signifique mejor calidad o precios más bajos para los consumidores, sino poder explotativo, se especifica [párrafo 11.2.g) p. 231] cómo, en muchas líneas de producto, muchos proveedores venden la totalidad de su producción a las grandes cadenas comerciales<sup>46</sup>.

El ejercicio del poder de compra, en lo que a nuestro estudio hace referencia, se detalla al referir los proveedores las obligaciones que les eran "impuestas" de vender por debajo de costes (párrafo 11.83, p. 244), obligación de conceder descuentos (párrafo 11.88, p. 245), obligación de participar en promociones (a costa propia, naturalmente), todo ello bajo la presión de que si no cumplían estos requerimientos podrían sufrir consecuencias negativas para su negocio.

La conclusión a la que se llega en el *Supermarket Report* en este punto es que «el efecto neto del pago de tasas, descuentos y ofertas varias es, como era de esperar, que algunas partes pagan menos que otras por sus suministros»<sup>47</sup>. Tampoco sorprende que, en su propuesta final, la *Competition Commission* inglesa sugiera un «Código de Conducta» para estos agentes comerciales con el que se eviten las mencionadas conductas abusivas.

A principios de 2004 se ha publicado el primer informe<sup>48</sup> de seguimiento de este Código, y la verdad es que los resultados obtenidos no han mejorado mucho la anterior situación.

Por otro lado, y a raíz del rechazo<sup>49</sup> por parte de la Comisión Europea de aprobar la fusión entre las empresas Kesko y Tuko, precisamente por este tipo de cuestiones, se ha vuelto a poner de manifiesto la importancia del poder de compra en el ámbito de la distribución comercial, señalando, eso sí, que «su enfoque hacia la protección de los pequeños distribuidores en la medida en que se opone a la protección del mercado de oferta es, de esta manera constituido, un instrumento inadecuado para abordar las cuestiones planteadas por la Decisión Kesko /Tuko»<sup>50</sup>.

## B. IMPACTO SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL

El caso más claro —el llamado *monopsonio puro*— es el del poder de mercado de un único comprador que se enfrenta a unos vendedores

<sup>46</sup> Así, se pone el ejemplo de que las cuatro principales cadenas del país compran el 70 por 100 de la totalidad de la producción de las dos principales marcas de jabón de limpieza doméstica, *Ariel* y *Persil*.

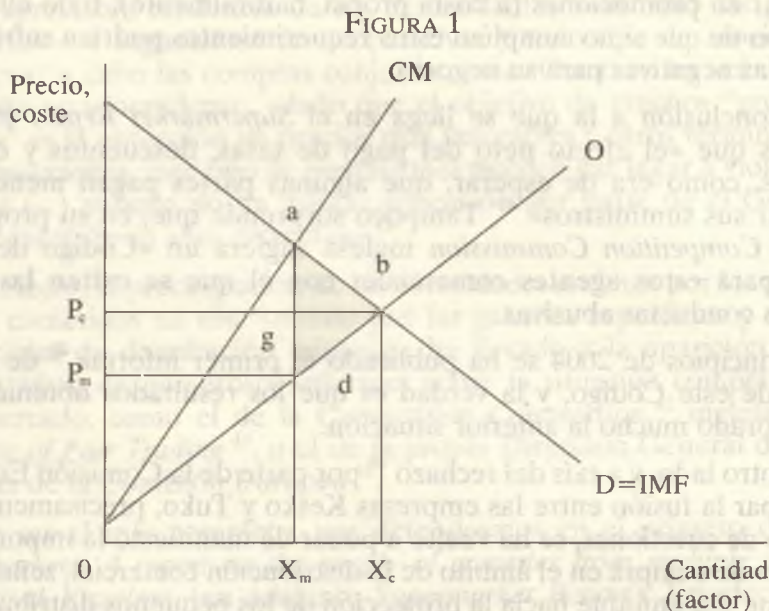
<sup>47</sup> *Supermarket Report*, párrafo 11.102, p. 247.

<sup>48</sup> *OFT's First Annual Report on the functioning of the Supermarkets Code of Practice*, de fecha de 20 de febrero de 2004 (disponible en la página web: <http://www.ofi.co.uk>).

<sup>49</sup> Decisión de la Comisión, Kesko/Tuko (asunto núm. IV / M. 784) (DOCE, núm. L 110/53, 1997).

<sup>50</sup> J. CURTIN, D. GOLDBERG y D. SAVRIN, «The European Commission's rejection of the KESKO-TUKO Merger: Leading the Way to the Application of a "Gatekeeper" analysis of Retailer Market Power under US Antitrust Laws», *40 BCL Rev.*, 537, 1999, p. 581.

perfectamente competitivos. El análisis económico de este supuesto es análogo al del monopolio (en el que un único vendedor se enfrenta a una curva de demanda que aglutina a compradores perfectamente competitivos), y las consecuencias en términos de bienestar son también parecidas. Como se ha señalado acertadamente, «aunque la mayor parte de los conflictos en sede *antitrust* sobre abusos de poder de mercado incluyen a vendedores monopolistas más que a compradores, el monopsonio puede generar unos costes sociales similares a los del monopolio»<sup>51</sup>.



El modelo se ilustra en la figura 1<sup>52</sup>. Suponemos un mercado en el que la oferta y la demanda son competitivas, y, por tanto, el equilibrio competitivo se obtiene donde se cruzan ambas (curvas O y D), resultando un precio de equilibrio  $P_c$  y una cantidad  $X_c$ . Imaginemos que se trata de un mercado de bienes intermedios, en el que el producto comercializado son materias primas o cualquier tipo de *factor* que es empleado por los compradores como *input* en un estadio posterior de su proceso productivo. Entonces, la demanda representada por la curva D significará también el ingreso medio obtenido a partir del *input* que luego se utiliza para fabricar el producto final, por lo que podemos referirnos a esta curva también como la demanda derivada del *input*, que es igual al ingreso medio del factor ( $D = IMF$ ).

<sup>51</sup> H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1999, p. 14.

<sup>52</sup> Ejemplo gráfico y argumentación tomados de P. DOBSON, M. WATERSON y A. CHIU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, Research Paper, núm. 16, Office of Fair Trading, septiembre de 1998, pp. 11 ss.

Consideremos ahora qué consecuencias tiene la actuación del monopsonista sobre los precios de mercado, cuando ejerce su poder de demanda. Dado que la curva de oferta (O) a la que se enfrenta tiene pendiente positiva, a medida que compre más unidades del bien (su *input*) será necesario un mayor nivel de producción para ajustarse al incremento de demanda, lo que llevará a un aumento del coste unitario del factor. Como este aumento de coste unitario afecta no sólo a la nueva producción, sino también a la ya existente, cada unidad adicional cuesta más que el coste medio (la curva de costes marginales, CM, está a la izquierda de la curva de oferta, O). Si suponemos que el monopsonista es precio aceptante en el mercado inferior (donde él vende su producto, se enfrenta a una demanda perfectamente competitiva), para maximizar su beneficio elegirá un nivel de producción para el que se igualen su demanda derivada (del *input*) y su coste marginal (del factor), dando lugar a un precio de equilibrio  $P_m$  y una cantidad  $X_m$ . Para esos niveles de precio y cantidad la pérdida del bienestar del consumidor es la representada por el área sombreada *abd*.

Esta pérdida de bienestar es consecuencia de que el monopsonista restringe las compras por debajo del nivel competitivo, y ello motiva que existan recursos que no se emplean (pérdida de *eficacia asignativa*). Como consecuencia de ello cae el precio pagado por el *input* (en el mercado de bienes intermedios), pero como el monopsonista se enfrenta a una demanda competitiva (en el mercado de bienes finales), el precio de su producto no se ve afectado por su poder de compra, con lo que el excedente del productor se reduce en la cantidad representada por el área  $P_c b d P_m$  mientras que el excedente del consumidor aumenta la cantidad representada por la diferencia entre el rectángulo  $P_c g d P_m$  y el triángulo *abg*, quedando como pérdida neta de bienestar el triángulo *gbd*.

En consecuencia, el bienestar va a verse perjudicado por el ejercicio de poder monopsonista en un mercado en el que los compradores son capaces de aprovechar una oferta competitiva para hacer que los precios alcancen niveles infra-competitivos. Esta pérdida de bienestar es debida únicamente a la reducción del excedente del productor, ya que, a menos que el monopsonista también tenga poder de mercado cuando vende su producto, el consumidor final no se ve afectado.

Esta afirmación exige una matización<sup>53</sup> importante para el tema que estamos estudiando, ya que pueden existir beneficios derivados del poder monopsonista que contrarresten las pérdidas del bienestar social en mercados (p. ej., los de productos agrícolas) y fases del proceso productivo (almacenamiento, distribución) en los que el poder de compra claramente mejora la eficacia productiva (por un mejor aprovechamiento de la logística, economías de escala, ahorro de costes de transacción y de búsqueda, etc.).

<sup>53</sup> Ver *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, Research Paper, núm. 16, UK Office of Fair Trading, septiembre de 1998, párrafo 4.14.

De hecho, la reestructuración de los canales de distribución a que se ha hecho referencia al principio de estas páginas obedece precisamente —entre otros factores, ya reseñados— a la necesidad de aumentar el tamaño de las empresas que operan en este mercado para aprovechar las nuevas economías de escala<sup>54</sup>.

### C. IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, la implicación más importante del ejercicio del poder monopsonista es que reduce más que aumenta el *output* final en el mercado en que opera, y esto es a veces difícil de detectar, ya que el principio de maximización del bienestar del consumidor puede llevar a pensar que bajar los precios es bueno, y, por tanto, el ejercicio del poder monopsonista no es un problema desde la óptica *antitrust*. Sin embargo, no hay que olvidar que:

- 1) El comprador monopsonista que revende en un mercado competitivo aplicará el mismo precio, pero su producto final será inferior al que tendría si fuera un comprador competitivo.
- 2) El comprador monopsonista que revende en un mercado no competitivo, de hecho, aplicará un precio superior al que aplicaría si fuera un comprador competitivo.

De la importancia de esta cuestión, y se reflejo real en la aplicación, por ejemplo, de una práctica como la discriminación de precios, da buena cuenta la opinión de los profesores AREEDA y KAPLOW, quienes, tras analizar la normativa estadounidense sobre abusos en el mercado cometidos por monopolistas que quieren maximizar su beneficio cobrando a unos consumidores más que a otros por un mismo producto, afirman que, «sin embargo, no era ésta la preocupación de la Sección 2 de la *Clayton Act* en la versión dada por la *Robinson Patman Act* de 1936, que se dirige expresamente contra la discriminación de precios. Esta Ley no se orienta directamente a los consumidores, sino a los competidores del vendedor que discrimina o al comprador que recibe un precio inferior»<sup>55</sup>.

Más adelante, y éste es el motivo de traer a colación esta Ley en nuestro análisis de las prácticas abusivas cometidas por las grandes cadenas de distribución, se sorprenden estos autores que la responsabilidad del comprador (*buyer liability*) por una práctica de discriminación de precios que él ha recibido o inducido conscientemente se regulara en la Sección 2 (f) de la *Robinson Patman Act* como un mero apéndice, ya que «a la *Robinson Patman Act* le preocupaba principalmente el impacto de la discriminación de precios sobre los compradores menos favorecidos. El principal daño que percibió el Congreso en 1936 fue la concesión de descuentos “injustos” a los grandes compradores en detrimento de

<sup>54</sup> Ver CRUZ ROCHE *et. al.*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>55</sup> P. ARREDA y L. KAPLOW, *Antitrust Analysis*, 5.<sup>a</sup> ed., New York, Aspen Law & Business, 1997, p. 923.



los pequeños. Y, aunque la Sección 2 (a) parece estar dirigida a los vendedores, se entendió desde el principio que el vendedor que discriminaba era la “víctima inocente” del poder de mercado del comprador»<sup>56</sup>.

A los efectos de determinación de la situación de dependencia económica en términos *antitrust*, se ha determinado<sup>57</sup> que más de un 8 por 100 de ventas a un mismo gran distribuidor sitúa a un proveedor en una posición de dependencia económica frente a aquél, que podrá manejar la relación comercial a su conveniencia. Igualmente, la previsión legal de “falta de alternativa equivalente” no puede interpretarse como ausencia total de alternativas, ya que lo que caracteriza esta situación de dependencia es la imposibilidad de acceder a otro suministrador o a canales alternativos de distribución en tales términos y condiciones que sean viables y rentables (no meramente potenciales, o a un coste prohibitivo) para el proveedor.

#### D. TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA

Así, aunque «no debe existir una presunción de que la existencia de poder de compra es *per se* perjudicial para la competencia»<sup>58</sup>, en la última década encontramos multitud de Decisiones de la Comisión y sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en las que se plantea el análisis del poder de mercado, esta vez en el lado de la demanda.

Recientemente, el pronunciamiento *Irish Sugar Plc. vs. Comisión de las Comunidades Europeas*<sup>59</sup> lleva a cabo un acertado razonamiento al reconocer (FFJJ 93 y ss.) que, si bien es cierto que su reducida cuota de mercado (1,4 por 100 del total del Mercado Común) y la pertenencia de sus clientes a grupos industriales internacionales limitaban su capacidad de influir en la fijación de los precios del azúcar, ese poder de mercado por el lado de la demanda no era lo suficientemente fuerte como para contrarrestar su acreditada posición de dominio.

Igualmente, en la reciente Decisión *Airtours-First Choice*<sup>60</sup>, se traslada el análisis anterior del mercado de la distribución comercial de alimentos al mercado de la “distribución” de viajes turísticos y el complejo entramado de relaciones entre los participantes en el proceso: agencias de viajes, operadores turísticos y compañías aéreas. Así, aunque la descripción del *poder de compra* de que gozan los operadores turísticos integrados verticalmente se lleva a cabo en los considerandos núms. 124 y ss., se señala en el núm. 81 que

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 979.

<sup>57</sup> Ver, por todos, *Supermarket Report*, Capítulo II, párrafo 2.458.

<sup>58</sup> A. OVERD, «Buyer Power», *ECLR*, vol. 22 (6), 2001, p. 249.

<sup>59</sup> Sentencia del TPI (Sala 3.ª) de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, ECR. 1999, p. 0000.

<sup>60</sup> Decisión 2000/276/CE de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999 (asunto IV/1.524) (*DOCE*, núm. L 93/1, de 13 de abril de 2000).

*«los operadores turísticos se ven, pues, obligados a ser distribuidos ampliamente por medio de las agencias de sus grandes competidores si desean aumentar su cuota de mercado. La posición de fuerza de la que gozan los grandes operadores turísticos en la distribución también les permite, sin embargo, discriminar a los más pequeños operadores de varias maneras, en particular imponiéndoles comisiones claramente más elevadas».*

En Estados Unidos, la Sección 2 (c) de la *Robinson Patman Act* se diseñó para evitar aquellos acuerdos espurios de intermediación (*brokerage*) por los que los grandes compradores conseguían grandes descuentos camuflados como “comisiones de venta”. Este tipo de situaciones tiene lugar habitualmente cuando el “intermediario” no presta realmente ningún servicio de intermediación al vendedor<sup>61</sup>, sino que se trata simplemente de un comprador de gran volumen con poder monopsonista u oligopsonista. También se utiliza esta Sección para los casos de soborno comercial<sup>62</sup>, y es necesario para la responsabilidad del vendedor que abusa de su posición que se demuestre la existencia de un daño o perjuicio para la competencia<sup>63</sup>.

Así lo entendió igualmente el Tribunal Supremo en la decisión *F. T. C. vs. Morton Salt Co*<sup>64</sup>, en donde se afirmó (párrafo núm. 44) que

*«la historia legislativa de la Robinson Patman Act evidencia que el Congreso consideró pernicioso (siendo algo que la vigente Clayton Act, de 1914, permitía en su Sección 2) el que un comprador grande pudiera obtener una ventaja competitiva sobre un comprador pequeño simplemente por su mayor capacidad de compra».*

Esta necesidad de evitar que la *purchasing ability* devenga en abuso de poder de mercado ha sido el *leit-motiv* de la normativa sobre precios en los Estados Unidos<sup>65</sup>. Igualmente, se ha señalado<sup>66</sup> el riesgo de prácticas abusivas existente en un mercado de bienes intermedios caracterizado por una estructura de demanda oligopsonística, en el que los compradores actúan de forma colusoria y, por tanto, consumen todo el producto que el mercado puede ofrecer a un precio determinado.

## 6. ANÁLISIS DE CASOS Y SITUACIONES REALES

A principios de 2003, la FIAB (Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas) planteó una denuncia contra las cuatro grandes cadenas de distribución en España (El Corte Inglés, Carrefour,

<sup>61</sup> *FTC vs. Henry Broch & Co.*, 363, U. S., 166 (1960), párrafos 168 y 169.

<sup>62</sup> *Harris vs. Duty Free Shoppers Ltd. Part.*, 940 F. 2d 1272 (9th Cir. 1991), párrafo 1.274.

<sup>63</sup> *Edison Elec. Inst. vs. Henwood*, 832 F. Supp. 413 (DDC, 1993), párrafo 419.

<sup>64</sup> 334 US 37 (1948).

<sup>65</sup> R. BLAIR y J. HARRISON, «Antitrust Policy and Monopsony», 76 *Cornell LR*, 297, 1991, p. 330.

<sup>66</sup> J. M. DOWD, «Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input markets», 76 *BUL Rev.*, 1075, 1996, p. 1086.

Alcampo y Mercadona) por remitir conjuntamente una carta conjunta a sus proveedores en la que se exigía la adopción de la inclusión de un determinado sistema de seguridad.

Igualmente, la existencia de prácticas abusivas por parte de las grandes superficies ha sido puesta de manifiesto también por la FIAB en una denuncia presentada, a finales de 2002, contra el Grupo Eroski y el Grupo Intermarché-ITM Ibérica, ante el Servicio de Defensa de la Competencia, por una explotación de situación de dependencia económica, acuerdo colusorio y abuso de posición dominante colectiva, consistentes en colaboración empresarial exigiendo a los productores de alimentos y bebidas que suministran sus productos a ITM en la mismas condiciones y con los mismos precios con que suministran a Eroski. Además, según la denunciante, ambos grupos tendrían que haber comunicado al Ministerio de Economía el acuerdo por el que integraban sus centrales de compra. Esta denuncia fue archivada por acuerdo de 17 de marzo de 2003 del Director General de Defensa de la Competencia, y el recurso contra dicho acuerdo fue denegado por extemporáneo (Resolución Eroski/Intermarché)<sup>67</sup>.

Según se ha recogido por algún autor<sup>68</sup>, la dependencia económica de los proveedores industriales respecto a las grandes superficies se funda en este caso en los siguientes comportamientos<sup>69</sup>, derivados de la peculiar relación existente entre las partes contratantes, proveedores y distribuidores, que otorga a éstos una situación de privilegio, ya que constituyen la única vía de que disponen los primeros de hacer llegar sus productos al consumidor:

1) Cada una de las cadenas de distribución comercial suele referenciar en su catálogo cuatro marcas, dos ajenas (conocidas por el público) y dos propias (las llamadas “marcas blancas”), por categoría de producto:

- La marca líder.
- La segunda en importancia.
- Su marca propia.
- La marca más barata.

Esta última suele estar producida en exclusiva para la cadena en cuestión, o es controlada por ella. Esta situación lleva a que el resto de las marcas de los demás industriales queden, de entrada, fuera del mercado.

2) Las dos marcas controladas por las grandes superficies (las marcas blancas y las exclusivas de la enseña) suelen gozar del privilegio de los llamados “puntos calientes” en los lineales de las cadenas de distribución,

<sup>67</sup> Resolución del Pleno del TDC de 29 de abril de 2003, Expte. R. 563/03.

<sup>68</sup> A. ALONSO-CORTÉS, «GS o el síndrome de dominancia aguda», *Expansión*, 19 de mayo de 2003, p. 63.

<sup>69</sup> Este factor no sería por sí mismo constitutivo de una situación de dependencia económica, si no fuera unido a la inexistencia de alternativas equivalentes derivada del alto grado de concentración en el mercado de aprovisionamiento, en el que conviene no olvidar que el 91 por 100 de las ventas se negocian tan sólo en siete grandes superficies: Carrefour, Mercadona, Eroski, Alcampo, Ahold, y las dos centrales de compra Euromadi e IFA.

así como de la publicidad, que es sufragada en su mayor parte por las dos marcas líderes.

3) En esta situación, y según sigue afirmando este autor, el caso *Eroski* desvela que «el riesgo de descatalogación total o parcial, de las marcas de los fabricantes obliga a éstos a aceptar pagos o condiciones sin contraprestaciones reales de las grandes superficies»<sup>70</sup>.

En efecto, veremos al final de este epígrafe una relación exhaustiva de cuáles son esas prácticas, pero interesa ahora detenernos en el hecho de que el deslistado por un distribuidor suele conllevar para el proveedor grandes dificultades para recuperar ese volumen de ventas que pierde, ya que lo habitual será que su producto ya esté presente en las estanterías de otros distribuidores y, por tanto, no puede recuperar a través de éstos vía ventas adicionales. Además, el proveedor no sólo pierde el contrato de abastecimiento que tenía con la gran superficie, sino toda la clientela del área geográfica en la que extiende su ámbito de influencia el distribuidor, pues, como es bien conocido, los hábitos de consumo llevan a que la lealtad del consumidor no se centre en una determinada marca, sino más bien en el establecimiento en el que hace sus compras regularmente.

Por el contrario, desde el lado del distribuidor, este deslistado se convierte en un arma que para nada le afecta ni puede volverse en su contra, ya que fácilmente puede encontrar una marca que reemplace a la otra, de características similares, y no sufrir en el proceso pérdida alguna de clientes. Sí es cierto que determinadas marcas notorias, o de reconocido prestigio (tipo Coca-Cola, Nestlé, Danone, etc.) tendrían un cierto poder de negociación que puede equilibrar el ostentado por la gran superficie. Aunque esto pueda ser así, y en ocasiones llevar a una imposibilidad por parte del distribuidor de imponer condiciones abusivas, hay que tener en cuenta que la inmensa mayoría de proveedores tienen un tamaño y un peso mucho menor.

Por su parte, en el mercado francés, la empresa de distribución «Corra» se valió de una OPA sobre una empresa rival para obtener una serie de ventajas —con carácter retrospectivo— de sus proveedores, como, por ejemplo, contribuciones a campañas publicitarias sin contraprestación o la prolongación de los plazos de pago. Los métodos empleados para hacer efectivas sus pretensiones era ejercer presión sobre los proveedores de varias maneras, como, por ejemplo, ralentizar los pedidos, retirarles determinadas promociones o el temido deslistado (o descatalogación de productos).

Asimismo, los distribuidores Leclerc e Intermarché fueron condenados por la obtención de ventajas por parte de sus proveedores sin contraprestación alguna, que incluían —vía los mismos métodos que en el caso anterior— rebajas de precios de los productos, contribuir a financiar

<sup>70</sup> A. ALONSO-CORTÉS, *op. cit.*

nuevos centros comerciales o participación en campañas publicitarias de forma totalmente desproporcionada a la cuota de esos proveedores en la cifra global de ingresos por ventas de los distribuidores.

Finalmente, en Sentencia de 25 de noviembre de 1996, el Tribunal de Comercio de París (el equivalente a nuestro TDC) condenó al grupo Intermarché a pagar 55 millones de francos a siete de sus proveedores, en concepto de reembolso por haber obtenido de ellos precios y modalidades de compra discriminatorias que no se justificaban por contrapartidas reales. Los hechos se remontan a principios de los años noventa, y se refieren a la participación de estas empresas en la financiación de la publicación *L'Argus de la distribution*, un catálogo que entonces presentaba unos 2.000 productos con sus respectivos precios, y tenía una tirada de ocho millones de ejemplares y una amplia distribución en las tiendas así como en los domicilios.

En 1991 se cambió la fórmula del catálogo para incorporar otros elementos informativos, como mostradores, paneles y carteles, que eran colocados a la entrada de todos los puntos de venta, y, sin embargo, los proveedores que financiaban este servicio (a cambio de garantizarles su presencia en el *Argus* y ver sus productos referenciados) siguieron participando igual que en el pasado, es decir, pagando entre un 4,5 y un 7 por 100 de su volumen de negocio. Al permitir este sistema cobrar a Intermarché descuentos discriminatorios e injustificados, el Tribunal de Comercio entendió que se trataba de una infracción del art. 36 de la *Ordonnance* núm. 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, *relative a la liberté des prix et de la concurrence*, a la que se ha hecho referencia en un epígrafe anterior.

Por último, y como conclusión a este estudio, vamos a reseñar las conclusiones obtenidas por el *Supermarket Report* que ya hemos comentado anteriormente, ya que se trata de un análisis exhaustivo y en profundidad de la situación de la cadena de distribución comercial de alimentos en el Reino Unido llevado a cabo en el año 2000 por la *Office of Fair Trading* (OFT) a través de la realización de estudios de mercado, envío de cuestionarios a todos los agentes del sector, entrevistas, etc., y que arroja algunas conclusiones muy reveladoras para nuestro tema de estudio.

Aunque el estudio se llevó a cabo con el fin de detectar prácticas abusivas en el mercado de ventas (fijación de precios excesivos, venta por debajo coste, prácticas de precios discriminatorios, etc.), hay también un interesante análisis de las prácticas abusivas en el mercado de aprovisionamiento, derivadas del poder de compra.

La situación del mercado inglés es fácilmente comparable al español, ya que en ambos casos un grupo pequeño de operadores controla una cuota de ventas relativamente elevada; en España, entre cinco grandes cadenas (Carrefour, Eroski, Mercadona, Alcampo y Ahold) alcanzan una cuota de aproximadamente 65 por 100 del mercado de aprovisionamiento,

mientras que en el Reino Unido, entre seis grandes cadenas (Tesco, Sainsbury, Asda, Somerfield, Safeway y Morrison) alcanzan una cuota agregada del 84 por 100 del mercado de ventas <sup>71</sup>.

Así, el mercado relevante a los efectos de la investigación <sup>72</sup> es el integrado por aquellos establecimientos en los que se llevan a cabo compras de alimentos con carácter regular, de superficie superior a 1.400 metros cuadrados, y cuyas isócronas se definen como de diez minutos en área urbana y quince en el resto de áreas.

Bajo el epígrafe «La naturaleza de las relaciones entre las partes (los distribuidores) y sus proveedores», se detallan algunas de las conclusiones obtenidas fruto del envío de más de 800 cuestionarios y varias entrevistas a proveedores y sus representantes, muchos de los cuales «estaban temerosos de dar ningún tipo de información, y desde luego en absoluto si no era bajo garantía plena de confidencialidad» (párrafo 2.295). Ya se ha hecho referencia —como única explicación posible de la total ausencia de denuncias y procedimientos incoados en esta materia— al temor a la represalia que pesa sobre los proveedores en sus relaciones comerciales con los grandes operadores de la distribución comercial. Insiste el *Supermarket Report*, en el epígrafe titulado «Algunas preocupaciones de los proveedores», en que el poder de compra de las grandes superficies era ejercido de forma alarmante en una amplia variedad e intensidad de formas, y que todas las pretensiones son siempre atendidas por el miedo al deslistado (párrafo 2.303).

Dejando de lado las posibles prácticas abusivas en lo que el Informe califica «Primera situación de Monopolio» (el mercado *downstream* de ventas), vamos a centrar nuestra atención en las posibles prácticas abusivas llevadas a cabo en la «Segunda situación de Monopolio» (el mercado *upstream* de compras), reseñadas en los párrafos 2.460 a 2.536 y agrupadas en ocho categorías:

a) *Exigir a los proveedores realizar pagos o concesiones dirigidas a obtener determinadas condiciones de venta:*

- Como requisito para incluir los productos en el catálogo de ventas.
- Para conseguir una mejor posición en los lineales y estanterías.
- Para aumentar la gama de productos vendidos.
- Para participar en las promociones de productos.
- Pagos que superan el coste que para el distribuidor suponen campañas o promociones.

b) *Imponer a los proveedores determinadas condiciones relativas a sus relaciones comerciales con otros distribuidores:*

- Exigiendo la exclusividad en la venta del producto (que no es la marca propia del distribuidor).

<sup>71</sup> Aunque hablemos de mercados distintos (el de ventas en un caso y el de compras en otro), las magnitudes dan una idea del grado de concentración existente en ambos países.

<sup>72</sup> *Supermarket Report*, Capítulo 2, párrafo 53.

— Obligándole a no suministrar un producto a otro distribuidor que lo está vendiendo a un precio inferior.

c) *Aplicar diferentes condiciones a las ofertas de los proveedores.*

d) *Imponer una distribución de riesgos comerciales no equitativa:*

— Exigiendo descuentos anticipados por los productos vendidos.

— Exigiendo descuentos de forma retroactiva cuando, por culpa del distribuidor, se ha vendido el producto a un precio inferior al inicialmente acordado.

— Exigiendo compensaciones económicas cuando los beneficios de la venta de un determinado producto han sido inferiores a los previstos.

— Imponiendo al proveedor que asuma la diferencia en precio necesaria para igualar la oferta de otro distribuidor.

— Imponiendo la recompra de los productos no vendidos, y asumir los gastos de la retirada de productos.

— Exigiendo apoyo financiero a un proveedor si una campaña promocional del distribuidor no ha alcanzado los objetivos previstos.

— Cargando sobre el proveedor los gastos derivados de quejas y reclamaciones de los clientes, sin ofrecer ningún tipo de justificación escrita, y aun en el caso de que la responsabilidad fuera del distribuidor.

— Obligando al proveedor a asumir los gastos de desempaqueado o etiquetado de productos que había encargado el distribuidor para una determinada promoción, y que no ha llegado a vender.

e) *Imponer cambios retroactivos en las condiciones contractuales:*

— En recibos pendientes de pago a los proveedores.

— Retrasos en los pagos desde la fecha del recibo.

— Cambiando las cantidades o las especificaciones previamente acordadas de un producto, con un aviso inferior a tres días y sin ningún tipo de compensación económica al proveedor por los gastos en que haya incurrido.

— Obligando a los proveedores al mantenimiento de un precio de almacén que había sido acordado para órdenes anteriores de mayor volumen.

— Encargando más productos a un precio promocional que luego son vendidos a precio normal, sin compensación para el proveedor.

— Llevando a cabo una promoción comercial sin el consentimiento del proveedor y exigiéndole después apoyo financiero para la misma.

f) *Restringir el acceso de los proveedores al mercado (deslistado).*

g) *Transferir cargas y gastos a los proveedores:*

— Exigiendo la financiación de instalaciones, visitas promocionales, decoración de los locales, investigaciones de mercado, participación en ferias, alojamiento o viajes para el personal, etc.

— Trasladando al proveedor los gastos de las desavenencias en el suministro cuando no se llega a un acuerdo sobre la responsabilidad de las mismas.

— Introduciendo cambios en la cadena de distribución que pueden presumiblemente aumentar los costes de suministro para el proveedor, sin compensarle económicamente, o, si suponen ahorros de coste para el distribuidor, sin compartir las ganancias obtenidas.

— Obligando al proveedor a asumir los costes derivados de cuando un producto no reúne las especificaciones exigidas, cuando la responsabilidad puede haber sido del proveedor (por deficiencias en el manejo de la mercancía, o una insuficiente rotación de *stocks*).

— Exigiendo a los proveedores asumir el coste de cambios en los sistemas de identificación de los productos (código de barras) o el envasado de paquetes promocionales de producto (a precio inferior a la unidad).

— “Invitando” a los proveedores a contribuir económicamente en actividades caritativas o de beneficencia.

h) *Imponer a los proveedores la contratación con terceros designados por los distribuidores:*

— Exigiendo que las actividades de transporte, empaquetado, almacenamiento, etc., las lleven a cabo empresas designadas por los distribuidores.

— Dando instrucciones a dichas empresas a no admitir otros productos que no sean los del distribuidor.

La conclusión a la que se llega (párrafo núm. 2.537) es que estas prácticas, cuando se llevan a cabo por empresas de distribución comercial que gozan de poder de mercado por el lado de la demanda, pueden alterar de forma negativa la situación competitiva de sus proveedores, restringiendo o falseando la competencia en el mercado del aprovisionamiento de productos para reventa en establecimientos comerciales de tipo gran superficie.

Por la misma razón, y así puede deducirse fácilmente de la simple lectura de este catálogo de prácticas comerciales, cuando estas prácticas tienen lugar en el seno de una relación comercial entre partes que disfrutan de una cierta simetría en cuanto a su poder de negociación, no deben representar ningún obstáculo para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de la distribución comercial, lo que no prejuzga la intervención —si es necesario— de la autoridad jurisdiccional ordinaria para resolver los eventuales conflictos que surjan entre las partes.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SOTO, R., «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Madrid, 1992, pp. 81 ss.

— *La venta con pérdida en la Ley del Comercio*, Madrid, 1999.

— *La prohibición de la venta a pérdida*, Madrid, Cámara de Comercio, 1997.



- BLAIR, R., y HARRISON, J., «Antitrust Policy and Monopsony», 76 *Cornell L. R.* 297, 1991.
- CRUZ ROCHE, «La venta a pérdida en las relaciones fabricante-distribuidor», *CDC*, 1997, pp. 102 ss.
- «Concentración y competencia en los canales de distribución de productos alimenticios», *Papeles de Economía Española*, núm. 96, 2003.
- CURTIN, J.; GOLDBERG, D., y SAVRIN, D., «The European Commission's rejection of the KESKO/TUKO Merger: Leading the Way to the Application of a "Gatekeeper" analysis of Retailer Market Power under U. S. Antitrust Laws», 40 *BCL Rev.*, 537, 1999.
- DOBSON, P.; WATERSON, M., y CHU, A., «The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power», Research Paper, núm. 16, Office of Fair Trading, septiembre de 1998.
- DOWD, J. M., «Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input markets», 76 *BUL Rev.*, 1075, 1996.
- ESTEBAN, A. y LLANOS MATEA, M., «Transformaciones estructurales, precios y márgenes en el sector de distribución al por menor de alimentos», *Boletín Económico*, Banco de España, junio de 2003.
- FENTON, K., «Antitrust Counseling in Group Buying Issues», 12-*SPG Antitrust*, 23, 1998, pp. 26 ss.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., «Libre competencia y precios predatorios, análisis jurídico del problema y...», *La Ley*, 1993, pp. 1089 ss.
- GARCÍA MARTÍNEZ, R., «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito *antitrust* en la Ley Española de Defensa de la Competencia», *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, cuarto trimestre de 2001.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1999.
- MASSAGUER FUENTES, J., «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta*, t. II, Valencia, 1995, pp. 2203-2268.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Civitas, 1988.
- NAVARRO VERONA, E., y GONZÁLEZ DURANTEZ, H., «Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a las grandes superficies de distribución minorista», en AAVV, *Derecho de la Competencia europeo y español. Curso de iniciación*, vol. IV, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 41-63.
- OSTI, C., «L'abuso di dipendenza economica», *Mercato concorrenza regole*, año I, núm. 1, 1999, pp. 38 ss.
- OTERO LASTRES, J. M., «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la LOCM», *La Ley*, 1996, p. 1464.
- OVERD, A., «Buyer Power», *ECLR*, vol. 22 (6), 2001.
- PAZ-ARÉS, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981.
- PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Pamplona, 2002.
- PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 205, enero-febrero de 2000, pp. 33-40.

- PRIETO KESSLER, E.: «Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 205, enero-febrero de 2000, pp. 22-32.
- SÁNCHEZ CALERO, «La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal», *RGD*, 1993, pp. 10343 ss.
- VOGEL, L., «Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe», *ECLR*, vol. 19 (1), 1998.
- ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

# EL IMPACTO DE LOS PUNTOS DE CONEXIÓN DE LA LEY 1/2002 EN LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN 2003 POR EL TDC

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN

Profesor titular de Derecho Administrativo  
Universidad del País Vasco

## 1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre, del Tribunal Constitucional estimó parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y, en consecuencia, declaró inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c), en la medida en que desconocía las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos. La singularidad del fallo consistió en que difirió la nulidad de la mencionada cláusula hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, pudieran las Comunidades Autónomas ejercitar sus competencias ejecutivas<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La Sentencia ha sido objeto de diversos comentarios monográficos: M. LÓPEZ BENÍTEZ, «Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, 1999, pp. 119-142; J. COSTAS COMESAÑA, «Competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. XX, 1999, pp. 437-456; P. BIGLINO CAMPOS, «Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia», *REDC*, núm. 59, 2000, pp. 303-332; B. BELANDO GARÍN, «Defensa de la competencia y comercio interior», *REDA*, núm. 106, 2000, pp. 271-287; J. TORNOS MAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989», *Anuario de la Competencia 1999*, 2000, pp. 97-120, y S. MARTÍNEZ LAGE, «La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de no-

La Sentencia 208/1999 abrió, pues, la puerta a una descentralización parcial de las competencias ejecutivas en la materia “defensa de la competencia”. A las CCAA les *podrán* corresponder «aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario». En todo caso, estarían reservadas al Estado, además de la normación, «las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes» (FJ 6.º).

El 21 de febrero de 2002 se aprobó la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia<sup>2</sup>. Además de los mecanismos de coordinación y de solución de conflictos y otras disposiciones organizativas, la Ley 1/2002 estableció los criterios de distribución de los asuntos relativos a la defensa de la competencia (art. 1, «Puntos de conexión»).

Desde el momento de la aprobación de la Ley 1/2002, las CCAA con competencias en la materia que lo consideren conveniente pueden crear sus órganos autonómicos de defensa de la competencia. Mientras no se creen dichos órganos autonómicos, los órganos estatales seguirán ejerciendo las competencias ejecutivas de defensa de la competencia (Disposición Transitoria Única). La Ley ha previsto también la posibilidad de formas concertadas de ejercicio de la competencia, que pueden suponer tanto una asunción total o parcial de las competencias autonómicas por los órganos estatales como la realización por los órganos autonómicos de actos de competencia de los órganos estatales. En efecto, de acuerdo con el art. 4, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia «podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para la instrucción y resolución de los procedimientos que tengan por objeto conductas que sean competencia tanto del Estado como de estas últimas».

---

viembre de 1999», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 205, enero-febrero de 2000, pp. 3-9. También pueden verse las referencias a la Sentencia en: L. CASES PALLARES, «La competencia en España. 1999», *Anuario de la Competencia 1999, 2000*, pp. 13-23, esp. pp. 18-20, y J. PÉREZ RENOVALES, «El Derecho de la competencia tras la STC 209/1999, de 11 de noviembre, y la Ley 52/1999, de 28 de diciembre», *Derecho administrativo-económico*, Cuadernos de Derecho Judicial, XII-2000, pp. 239-300, esp. pp. 289 ss.

<sup>2</sup> BOE, núm. 46, de 22 de febrero de 2002. Sobre esta Ley ver S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 18, 2002, pp. 3-9; J. E. SORIANO GARCÍA, «Comentario de urgencia a la Ley 1/2002», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 218, 2002, pp. 10-26; P. YANES YANES, «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 Competencia y de la Unión Europea*, núm. 221, 2002, pp. 45-58, y L. CASES, «Comentari de la Llei 1/2002, de 22 de febrer, de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitats autònomes en materia de defensa de la competència», *Nota d'economia*, núm. 74, 2002, pp. 115-120.

Contra algunos pronósticos iniciales, transcurridos dos años desde la aprobación de la Ley 1/2002 no se ha producido una avalancha, sino un despliegue lento y cauto de los nuevos órganos autonómicos de defensa de la competencia. Hasta la fecha sólo una Comunidad Autónoma ha procedido a crear y regular sus órganos autonómicos de defensa de la competencia (Cataluña)<sup>3</sup>. Otras Comunidades han preferido regular únicamente sus servicios autonómicos de defensa de la competencia, es decir, los órganos responsables de la instrucción de los expedientes, sin dar todavía el paso de la creación de Tribunales autonómicos propios (Madrid, Región de Murcia)<sup>4</sup>. No obstante, otras Comunidades han otorgado al respectivo Gobierno la autorización legal para crear los órganos autonómicos (Islas Baleares)<sup>5</sup> o han remitido recientemente a la Cámara autonómica el proyecto de ley regulador de los órganos autonómicos (Galicia)<sup>6</sup>. En relación con esta circunstancia de relativa contención autonómica cabe proponer dos explicaciones plausibles que no tienen por qué ser excluyentes. Por un lado, es posible que las autoridades de las CCAA se tomen en serio la importancia y el desafío que supone la asunción, en su territorio, del ejercicio de las competencias de la aplicación de la LDC. La asunción plena de dichas competencias obliga a reclutar personal altamente cualificado con experiencia en la materia y, en suma, a dedicar recursos importantes para un número todavía imprevisible de asuntos. Al mismo tiempo, por otro lado, no cabe descartar que algunas CCAA hayan preferido esperar a analizar las formas organizativas que vayan adoptando las experiencias autonómicas pioneras en esta materia.

<sup>3</sup> Decreto 222/2002, de 27 de agosto (*DOG*, núm. 3.711, de 2 de septiembre de 2002).

<sup>4</sup> *Madrid*: Decreto 150/2002, de 29 de agosto (*BOCM*, núm. 217, de 12 de septiembre de 2002); *Región de Murcia*: Decreto 13/2004, de 13 de febrero (*DORM*, núm. 43, de 21 de febrero de 2004). Estas normas autonómicas son un tanto ambiguas, porque atribuyen las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia —sin mayor precisión— a sendas Direcciones Generales de las respectivas Consejerías de Economía, de las que dependen los nuevos servicios de defensa de la competencia. En principio, los conceptos utilizados (“competencias ejecutivas”, “funciones ejecutivas”) abarcan tanto las facultades de instrucción de los expedientes y de vigilancia como la resolución de los expedientes incoados y la imposición, en su caso, de sanciones. Pero el alcance de esa atribución de competencias ejecutivas parece ser más limitado. Ciertamente, el decreto madrileño no dice nada de la eventual resolución de los expedientes. Algo más confuso es el decreto murciano: si bien atribuye expresamente a la Dirección General que ostente las atribuciones en materia de comercio interior las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia «respecto de los procedimientos de infracción» y «para la concesión de las autorizaciones singulares» sin más precisión, atribuye al Servicio Regional de Defensa de la Competencia «la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en relación con la defensa de la competencia por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia». Pero, luego, el decreto murciano crea el Registro de Defensa de la Competencia, gestionado por la citada Dirección General, «en el que se inscribirán los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas autorizadas por el Tribunal de Defensa de la competencia cuando éste actúe en ejercicio de las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de acuerdo con la Ley 1/2002» (el énfasis es añadido, tanto en esta cita como en la anterior).

<sup>5</sup> Disposición Adicional Quinta de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas (*Bo Illes Balears*, núm. 156, de 28 de diciembre de 2002; *BOE*, núm. 18, de 21 de enero de 2003).

<sup>6</sup> Proyecto de Ley aprobado por la Xunta el día 4 de marzo de 2004 y remitido a la Cámara autonómica para su tramitación parlamentaria.

El modelo organizativo para el ejercicio de las competencias decisorias derivadas de la LDC puede ser, en efecto, uno de los factores relevantes, sino el principal, en la decisión de la asunción autonómica de las competencias en materia de defensa de la competencia. Cataluña ha optado por un modelo organizativo “fuerte”, a semejanza de los órganos estatales: el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, compuesto por un Presidente y un total de hasta seis Vocales, se configura como un organismo autónomo de carácter administrativo, que actúa con personalidad jurídica propia, plena independencia y autonomía de gestión. Éste es también el modelo previsto en la autorización legal otorgada al Gobierno balear <sup>7</sup> y en el proyecto legislativo presentado por la Xunta de Galicia <sup>8</sup>. En cambio, otras CCAA parecen inclinarse, al menos de momento, por no asumir la competencia sobre la resolución de los expedientes de alcance autonómico. En la medida en que otras CCAA vayan estableciendo sus órganos de defensa de la competencia, se desarrollará efectivamente la descentralización de la aplicación de la LDC prevista en la Ley 1/2002.

El objetivo del presente trabajo es proporcionar un análisis provisional sobre el impacto de los puntos de conexión previstos en la Ley 1/2002 en la aplicación de la LDC, a través del examen de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia adoptadas en 2003. Dado que en 2003 sólo Cataluña había asumido las competencias ejecutivas de aplicación de la LDC, el contexto de las resoluciones del TDC adoptadas en dicho año no se diferencia sensiblemente del régimen de aplicación centralizada existente con anterioridad. El presente estudio tiene un antecedente destacable en un reciente análisis doctrinal de los 160 expedientes sancionadores resueltos por el TDC entre los años 1993 y 2000 <sup>9</sup>, con cuyos resultados se contrastarán los que se obtengan aquí. En los apartados siguientes se concretará el objeto de estudio y la metodología aplicada (2), se procederá a clasificar las resoluciones estudiadas según el ámbito territorial afectado (3) y se estudiarán con más detalle algunos casos problemáticos, elucidando los criterios aplicados en la clasificación (4). Por último, el artículo se cerrará con unas conclusiones que sinteticen el examen provisional sobre el impacto de los puntos de conexión en la aplicación descentralizada del Derecho español de la competencia (5).

## 2. CONCRECIÓN METODOLÓGICA Y OBJETO DE ESTUDIO

El TDC ha adoptado en 2003 un total de 109 resoluciones, cuyo contenido cubre las diversas modalidades de resolución que puede adoptar

<sup>7</sup> El órgano equivalente al TDC tendrá «carácter de organismo público con personalidad jurídica propia, autonomía de gestión y plena independencia».

<sup>8</sup> El proyecto de ley establece que el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia se constituirá como un órgano autónomo con personalidad jurídica propia. Estará constituido por un Presidente, dos Vocales y un Secretario.

<sup>9</sup> M. J. ALONSO NÚEZ y J. ROSELL MARTÍNEZ, «Descentralización de los órganos de la competencia en España: Impacto en los expedientes sancionadores», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 227, septiembre-octubre de 2003, pp. 55-60.

dicho Tribunal. A los efectos de este trabajo cabe dejar a un lado las resoluciones de recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia y los incidentes de ejecución de sentencias. Para establecer el impacto de la Ley 1/2002 sobre la aplicación descentralizada sólo interesan las resoluciones adoptadas en los procedimientos de solicitud de autorizaciones singulares y en los procedimientos sancionadores contra las prácticas prohibidas. Si se toman en cuenta únicamente las solicitudes de nuevas autorizaciones singulares y se descartan, en consecuencia, las solicitudes de renovación de las autorizaciones previamente otorgadas, el campo de estudio se circunscribe a 31 resoluciones, de las cuales 13 han sido dictadas en procedimientos de solicitud de autorización singular y 18 en procedimientos sancionadores. En este cómputo se incluyen todas las resoluciones dictadas para poner fin al procedimiento incoado, cualquiera que sea la forma de finalización (caducidad, desistimiento, resolución en cuanto al fondo) o el contenido de la resolución (apreciación o no de una conducta prohibida). Por otra parte, los informes emitidos por dicho Tribunal quedan excluidos del objeto de estudio por los siguientes motivos: en primer lugar, porque los informes del TDC se refieren fundamentalmente a las operaciones de concentración, cuya competencia sigue correspondiendo en exclusiva a los órganos estatales<sup>10</sup>; en segundo lugar, porque la creación de nuevos órganos autonómicos de defensa de la competencia implicará muy probablemente que dichos órganos asuman también la emisión de los informes preceptivos establecidos por normativa sectorial que, hasta la fecha, venía emitiendo el TDC, como, por ejemplo, los referidos al impacto de la creación de grandes centros comerciales en su territorio<sup>11</sup>.

La información para apreciar el alcance autonómico o supraautonómico de las conductas ha sido extraída del contenido de las propias resoluciones estudiadas. En la mayor parte de los casos no hay en ellas excesivas referencias a la cuestión del mercado geográfico afectado, en cuanto que no es una cuestión disputada para la aplicación de la LDC, ni ello podía suscitar problemas a la competencia que a este respecto ostenta el TDC (como ya se ha indicado, en 2003 sólo Cataluña disponía de órganos propios de defensa de la competencia). A pesar de todo, se ha intentado determinar el alcance territorial de las conductas con la información o con los indicios que se desprenden de las resoluciones. Aunque a los efectos de clasificar los casos era ineludible un pronunciamiento sobre el mercado geográfico relevante, el presente trabajo no pretende zanjar la cuestión para los diversos sectores considerados ni decantarse por un método determinado para su definición. Ciertamente, en cuanto a los expedientes sancionadores, el análisis de la afectación territorial se beneficia del conjunto de datos relevantes y hechos probados que, resultado

<sup>10</sup> Art. 1.5.a) de la Ley 1/2002.

<sup>11</sup> Informes previstos con carácter general en el art. 6.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Ver también, p. ej., el art. 13.7 de la Ley vasca 7/1994, de la Actividad Comercial, en la versión introducida por la Ley 7/2000, de 10 de noviembre (BOPI, núm. 4, de 5 de enero de 2001).

de una instrucción previa del expediente, están disponibles en el momento de la adopción de las resoluciones; en cambio, los órganos estatales y autonómicos carecerán en el futuro de esta ventaja cuando, a fin de determinar la autoridad competente, hayan de valorar preliminarmente el mercado geográfico afectado por una conducta denunciada o por una conducta detectada de oficio.

Los criterios de afectación autonómica y supraautonómica de las conductas sujetas a la LDC están específicamente establecidos en el art. 1 de la Ley 1/2002. Tres son las técnicas utilizadas por el legislador para delimitar las competencias ejecutivas que corresponden al Estado y a las CCAA. En primer lugar, de acuerdo con una técnica enumerativa se atribuyen en exclusiva al Estado una serie de cuestiones o fragmentos determinados de la materia “defensa de la competencia”: concentraciones, ayudas públicas, exenciones por categoría, relaciones internacionales y aplicación del Derecho comunitario (art. 1.5)<sup>12</sup>. En segundo lugar, se retiene un criterio rígido de territorialidad para delimitar las competencias de las CCAA: «cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma» (art. 1.4). En tercer lugar, la competencia estatal no se limita a ser el revés de la competencia autonómica, definida según el criterio anterior (art. 1.1)<sup>13</sup>. Se establecen, además, unos conceptos jurídicos indeterminados que apelan a su vez a consideraciones finalistas, como son los intereses supraautonómicos, ajenas a la defensa de la competencia (art. 1.2)<sup>14</sup>.

Como hemos sostenido en otro lugar, a nuestro juicio el resultado es un sistema de distribución de competencias complicado y nada trans-

<sup>12</sup> La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, núm. 313), ha modificado la redacción de la letra d) del art. 1.5, para reflejar el estado actual de descentralización en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

<sup>13</sup> «(...) cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizar en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas» (art. 1.1).

<sup>14</sup> «En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma».



parente<sup>15</sup>. No obstante, ello no debe impedir una interpretación razonable ajustada al bloque de constitucionalidad y al bloque de legalidad. Por una parte, los citados puntos de conexión deben ser interpretados de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, en un sentido coherente con la titularidad autonómica de las competencias de ejecución y que ponga freno a la *vis expansiva* de los conceptos jurídicos indeterminados previstos por el art. 1.2 LDC. Por otra parte, a semejanza del principio consagrado en el art. 1.3 LDC, cabría desarrollar un criterio interpretativo conducente a no tomar en consideración los efectos no significativos eventualmente producidos en otras Comunidades Autónomas por las conductas anticompetitivas, como fórmula para asegurar un contenido efectivo a la cláusula territorial. Una regla *de minimis* “supraautonómica” o principio de “menor importancia supraautonómica” podría servir, como el principio *de minimis* “general” elaborado por el TDC, para aumentar la seguridad jurídica y, sobre todo, para adaptar la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia a la realidad económica del mercado<sup>16</sup>. La cuantificación de los “efectos supraautonómicos de menor importancia” podría ser una función del Consejo de Defensa de la Competencia, órgano específico de coordinación previsto en la Ley 1/2002.

### 3. ANÁLISIS GLOBAL DE LAS RESOLUCIONES

El TDC adoptó en 2003 un total de treinta y una resoluciones en procedimientos de solicitud de autorización singular y en procedimientos sancionadores. En términos absolutos, menos de la mitad de las resoluciones correspondieron a expedientes de alcance autonómico (13). Pero si se diferencia entre expedientes de autorización singular y expedientes sancionadores, varían los porcentajes de reparto en relación con el alcance territorial. Menos de un tercio de los expedientes de autorización singular (31 por 100) y la mitad exacta de los expedientes sancionadores (50 por 100) presentaron un alcance autonómico (ver cuadro 1).

<sup>15</sup> Ver X. ARZOZ SANTISTEBAN, «Comunidades Autónomas, puntos de conexión y defensa de la competencia», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, 2002, pp. 11-71. En el mismo sentido, críticos con el sistema de puntos de conexión: YANES YANES, *op. cit.*, p. 52 («en detrimento de la misma seguridad jurídica a la que se apela y de la deseable previsibilidad de la aplicación de la norma») y R. AMILS ARNAL, «Los nuevos Tribunales autonómicos de defensa de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 224, marzo-abril de 2002, pp. 64-79, aquí p. 74. En contra, la opinión vertida por SORIANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 13: «... reglas concretas que permiten solventar con limpieza y certeza...», «es de aplaudir la claridad y entereza de esta Ley...».

<sup>16</sup> Sobre dicho principio “general”, ver A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, «El nacimiento del principio *de minimis* en el Derecho español sobre la libre competencia», *La Ley*, D-260, 1999, pp. 2031-2036. Para este autor, el principio *de minimis* «debe servir para aumentar la seguridad jurídica, preservar la aplicación de las normas *antitrust* a la salvaguarda del interés público y, sobre todo, adaptar la práctica administrativa concurrencial a la realidad económica del mercado» (p. 2036). Sobre el principio también puede consultarse F. RUIZ-RISUEÑO RIERA, «La relevancia práctica de las conductas de menor importancia», en *Derecho de la competencia europeo y español. Curso de iniciación*, vol. IV, Madrid, Dykinson-Serv. Publicaciones URJC, 2003, pp. 15-39.

## CUADRO 1

DISTRIBUCIÓN DE LOS EXPEDIENTES RESUELTOS EN 2003  
DE ACUERDO CON EL ÁMBITO TERRITORIAL AFECTADO

<i>Expedientes resueltos en 2003</i>	<i>Autorizaciones singulares</i>	<i>Sancionadores</i>
a) De ámbito supraautonómico	9 (69 %)	9 (50 %)
b) De ámbito autonómico	4 (31 %)	9 (50 %)
Total	13	18

Atendiendo a la distribución sectorial de las resoluciones de alcance autonómico, se obtienen los siguientes resultados. Las cuatro solicitudes de autorización singular de alcance autonómico se refirieron a registros de morosos proyectados por asociaciones empresariales de alcance autonómico o provincial (3) y a la distribución comercial (1). Las nueve resoluciones adoptadas en expedientes sancionadores con alcance autonómico tuvieron por objeto a los siguientes sectores: tanatorios-funerarias (2), instalaciones individuales de gas o electricidad (2), colegios profesionales (1), autoescuelas (1), distribución de energía eléctrica (1), distribución al por mayor de productos farmacéuticos (1) y mediación inmobiliaria (1). En cuanto al reparto geográfico de los expedientes de ámbito autonómico, se aprecia una atomización considerable: mientras Aragón acumula dos expedientes, el resto se distribuye a razón de un expediente por Comunidad Autónoma entre Andalucía, Baleares, Canarias, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Galicia y Madrid (ver cuadro 2). En cambio, Galicia acumula tres de los cuatro expedientes de autorización singular (todos ellos referidos a registros de morosos), mientras que corresponde a Baleares el cuarto supuesto (relativo a distribución comercial).

Por otra parte, más de dos tercios de los expedientes de autorización singular (69 por 100) y la mitad de los expedientes sancionadores (50 por 100) presentaron un alcance supraautonómico o estatal. Las nueve solicitudes de autorización singular de alcance supraautonómico se refirieron a registros de morosos proyectados por asociaciones empresariales de alcance estatal (5), a la distribución comercial (1) y a una conferencia marítima (1). En cuanto a las dos solicitudes restantes, los interesados desistieron de la autorización solicitada en una de ellas, y en la otra el TDC consideró que la conducta en cuestión no tenía naturaleza restrictiva de la competencia (se trataba de la creación de un portal sectorial en Internet). Las nueve resoluciones adoptadas en expedientes sancionadores con alcance supraautonómico tuvieron por objeto a los siguientes sectores: transporte marítimo (2), servicios postales liberalizados, fabricación de cartón (caducidad del expediente ante el SDC), distribución de alimentación, distribución exclusiva de automóviles, colegios profesionales, cementeras y reciclado de vidrio.

CUADRO 2  
DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA Y SECTORIAL  
DE LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES DE ÁMBITO AUTONÓMICO  
RESUELTOS EN 2003

	<i>Funerarias</i>	<i>Autoescuelas</i>	<i>Instalaciones individuales gas/electric.</i>	<i>Distribución comercial</i>	<i>Colegios profesionales libre ejercicio</i>	<i>Distribución electricidad</i>
Andalucía	—	—	—	—	1	—
Aragón	1	—	—	—	—	1
Canarias	—	—	—	1	—	—
Castilla y León	—	—	—	—	1	—
Castilla-La Mancha	—	—	1	—	—	—
Galicia	—	—	1	—	—	—
Madrid	—	1	—	—	—	—
Comunidad Valenciana	1	—	—	—	—	—
Total	2	1	2	1	2	1

Los resultados expuestos no parecen confirmar, al menos para el año de referencia, el claro predominio de los expedientes sancionadores de ámbito autonómico que deducían ALONSO y ROSELL<sup>17</sup> en su estudio para el período 1993-2000, y particularmente para los tres últimos años considerados (con porcentajes del 52, 56 y 59 por 100, respectivamente)<sup>18</sup>. El número de expedientes sancionadores de ámbito autonómico es en 2003 idéntico al número de expedientes sancionadores de ámbito supraautonómico. Los siguientes factores pueden explicar la relativa divergencia de los resultados. En primer lugar, es indudable el impacto, en 2003, de la puesta en funcionamiento de los órganos catalanes de defensa de la competencia, que, de acuerdo con los citados autores, en la serie estudiada 1993-2000 representaría algo menos del 10 por 100 del total de los expedientes sancionadores de ámbito autonómico (15 expedientes de un total de 160). En segundo lugar, la cifra total de expedientes san-

<sup>17</sup> ALONSO NÚEZ y ROSELL MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 59.

<sup>18</sup> COSTAS I TERRONES hace referencia a un estudio del propio TDC para el período 1995-2002 sobre los casos que hubieran correspondido a Cataluña, a cuyo contenido no he tenido acceso. En ese período serían trece los expedientes resueltos relativos a prácticas prohibidas y diecisiete los expedientes resueltos relativos a autorizaciones singulares, de ellos cuatro serían contratos de distribución selectiva y el resto creación o renovación de registros de morosos. Ver J. C. COSTAS I TERRONES, «Hacia una red de defensa de la competencia en España», *Anuario de la Competencia 2002*, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, p. 64.

cionadores resueltos en 2003 (18 expedientes) es sensiblemente inferior a la de los años 1998 (23 expedientes), 1999 (36 expedientes) y 2000 (29 expedientes). Es posible que, cuanto mayor sea el número total de expedientes incoados y resueltos —o, en otros términos, cuanto mayor sea el número total de denuncias presentadas—, mayor será en términos relativos el porcentaje de expedientes de ámbito autonómico. En tercer lugar, las diferencias pueden deberse también a una aplicación más o menos rígida de los puntos de conexión en la asignación de los expedientes a los órganos estatales o a los eventuales órganos autonómicos. A continuación se precisan los criterios tenidos en cuenta en este trabajo para clasificar los expedientes de acuerdo con el ámbito territorial afectado.

#### 4. ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LAS RESOLUCIONES MÁS RELEVANTES

En este apartado se discutirán los supuestos de hecho y los problemas más relevantes desde la perspectiva del impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia. Al hilo de los supuestos de hecho se detallan los criterios tenidos en cuenta para clasificar, anteriormente, los supuestos resueltos por el TDC en 2003 de acuerdo con su alcance territorial.

##### A. LOS REGISTROS DE MOROSOS

Un grupo importante de solicitudes de autorización (8) se refirieron en 2003 a registros de morosos. El TDC ha elaborado un conjunto de reglas al respecto y los proyectos de registros que cumplen dichas condiciones obtienen sin mayores problemas la autorización solicitada. Anteriormente se ha indicado que tres supuestos tuvieron alcance autonómico. Para ello hemos adoptado el criterio de que el alcance territorial de los efectos de los registros de morosos sigue en principio la dimensión territorial de la asociación económica sectorial que solicita autorización para su creación. Si la asociación empresarial tiene estatutariamente carácter provincial o autonómico, cabe entender que los hipotéticos efectos restrictivos de la competencia ligados al registro de morosos sólo serán significativos en la provincia o Comunidad Autónoma de referencia.

Ahora bien, es posible y probable que en un registro semejante se inscriban morosos de las empresas participantes que están localizados en otras provincias o Comunidades Autónomas. En tal caso la restricción de la competencia se extendería fuera del ámbito territorial de la asociación que solicita la correspondiente autorización singular. ¿Cómo hay que valorar esta circunstancia desde la perspectiva de los puntos de conexión? Aunque no se consideren aplicables los conceptos jurídicos indeterminados recogidos en el art. 1.2 de la Ley 1/2002, la duda se refiere a la aplicabilidad de la cláusula de la afectación de la competencia en

un ámbito supraautonómico del art. 1.1. Una interpretación rígida del principio de territorialidad podría conducir a estimar la aplicación de la cláusula y a concluir el alcance supraautonómico del registro, cuando se incluyeran morosos localizados en más de una Comunidad Autónoma. Esta interpretación no parece razonable o de sentido común: obligaría a las autoridades autonómicas a excluir expresamente de los registros de morosos que autoricen la información relativa a morosos localizados fuera de la Comunidad Autónoma correspondiente. Las asociaciones que no quisieran aceptar esa condición limitativa (que, como se advertirá, no tiene que ver con la defensa de la competencia, sino con la estricta delimitación competencial de las autoridades autonómicas *ex art. 1 de la Ley 1/2002*) deberían solicitar la autorización a los órganos estatales de defensa de la competencia. Ello no parece coherente con la *STC 208/1999*. Las autorizaciones singulares para la creación y gestión de registros de morosos son, en la práctica, regladas: si se cumplen las reglas de funcionamiento elaboradas por el TDC, se debe otorgar la autorización. Careciendo de discrecionalidad en la materia, no debería existir interés en centralizar el otorgamiento y registro de esas autorizaciones singulares cuando existan órganos autonómicos de defensa de la competencia <sup>19</sup>.

## B. LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Los colegios profesionales constituyen un sector sobre el que, recurrentemente, versan las resoluciones del TDC. En 2003 este Tribunal adoptó dos resoluciones sobre Colegios Notariales. En principio, el ámbito territorial de afectación de las decisiones, acuerdos o prácticas de los colegios profesionales se identifica con el nivel territorial provincial o autonómico en el que desempeñan su función. A su vez, las decisiones, acuerdos o prácticas de las organizaciones superiores de los colegios profesionales, los consejos autonómicos y los consejos generales surten efectos en el nivel territorial autonómico y estatal, respectivamente. Por tanto, si la restricción ilícita ha sido acordada por un Consejo General de la profesión <sup>20</sup>, o por los órganos generales de un colegio profesional constituido con carácter único para todo el Estado <sup>21</sup>, la competencia para su instrucción y sanción corresponde a los órganos estatales de defensa de la competencia.

Sin embargo, en la práctica existen colegios profesionales cuyo ámbito de actuación no se ajusta al referido esquema de actuación. Por un lado,

<sup>19</sup> Al hilo precisamente de las numerosas y repetitivas autorizaciones singulares sobre registros de morosos, *CASES* apunta a la oportunidad de sustituir el régimen actual de autorización singular por un régimen de excepción legal, a semejanza de la evolución del Derecho comunitario de la competencia. Ver L. *CASES*, «La competencia en España 2002», *Anuario de la Competencia 2002*, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, p. 20.

<sup>20</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución de 18 de enero de 2000 (Expte. 455/99, Abogacía Española), que impuso una sanción al Consejo General de la Abogacía Española por considerar que el reglamento de publicidad de dicho Consejo General restringía la competencia entre abogados.

<sup>21</sup> Sería el caso del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.

existen colegios profesionales a los que pertenecen colegiados de más de una provincia. En 2003 se abordó precisamente el caso del Colegio Notarial de Granada que impuso una sanción disciplinaria a un notario de Málaga, perteneciente a dicho colegio profesional<sup>22</sup>. Este supuesto concreto no plantea ninguna dificultad de cara a los puntos de conexión, porque la afectación se mantiene dentro del ámbito autonómico. Pero en supuestos análogos referidos a, por ejemplo, los colegiados de Ceuta y Melilla que dependen de colegios profesionales radicados en Andalucía, se puede producir la duda sobre el marco territorial afectado<sup>23</sup>. En tales supuestos parecería exagerado sostener que la libre competencia está afectada en un ámbito supraautonómico.

Por otro lado, se da el supuesto de los colegios profesionales que desarrollan su actuación, con carácter de colegio profesional único, en un territorio que comprende o que se extiende por dos Comunidades Autónomas<sup>24</sup>. La Resolución de 20 de junio de 2003 (Expte. 544/02, Colegio Notarial de Madrid) declara incompatible con la libre competencia un mecanismo compensatorio de los ingresos entre los notarios de la plaza, con carácter obligatorio, para todos los colegiados del Colegio Notarial de Madrid. El Colegio Notarial de Madrid comprende las provincias de Ávila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo. *De lege lata*, de acuerdo con los puntos de conexión establecidos en la Ley 1/2002, la competencia sobre eventuales prácticas restrictivas de los colegios profesionales que desarrollan su actuación en un territorio que comprende o que se extiende por dos Comunidades Autónomas correspondería a los órganos estatales; cuando menos en aquellos supuestos en los que la decisión o conducta restrictiva no fuera imputable exclusivamente a una delegación territorial determinada del colegio supraautonómico, sino al colegio en su conjunto. He aquí una limitación de la Ley 1/2002. Para esta Ley, la competencia sobre toda conducta cuyos efectos no se restringen al territorio de una Comunidad Autónoma corresponde siempre a los órganos estatales, con independencia de que se afecte o no a la libre competencia en el conjunto del mercado nacional. Este enfoque resulta muy restrictivo para las competencias autonómicas de ejecución de la legislación estatal. Afectación supraautonómica no tiene por qué ser equiparable con afectación en el conjunto del mercado nacional, que debe retenerse como razón de ser de la competencia estatal. Los supuestos de colegios profesionales que se extienden por dos CCAA no son numerosos, pero existen. Razones económicas y pragmáticas (principalmente,

<sup>22</sup> El Colegio Notarial de Granada comprende las provincias de Almería, Granada, Jaén, Málaga y la Ciudad Autónoma de Melilla.

<sup>23</sup> Las Ciudades Autónomas de Melilla y Ceuta pertenecen a los Colegios Notariales de Granada y de Sevilla, respectivamente.

<sup>24</sup> Ejemplos: el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro, el Colegio Notarial de Pamplona (que comprende las provincias de Guipúzcoa y Navarra), el Colegio Notarial de Madrid (que comprende las provincias de Ávila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo), el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Aragón y La Rioja, el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Asturias y León, el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid, Ávila, Cuenca, Guadalajara y Toledo, etc.

la no creación de colegios profesionales con un número reducido de colegiados) motivan esos supuestos. Una concepción más respetuosa con el principio de ejercicio autonómico de las competencias consistiría en permitir la cooperación de las autoridades autonómicas interesadas, en lugar de la succión automática de la competencia por el nivel superior. Si la creación de colegios profesionales que ejercen su actividad en un territorio que excede el ámbito supraautonómico no afecta a la titularidad de las competencias autonómicas en materia de colegios profesionales (la legislación autonómica dictada le es aplicable en el ámbito territorial respectivo), parece poco lógico que, en cambio, sí suponga el desplazamiento de las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Con todo, como ha quedado dicho, la competencia en estos casos, *de lege lata*, es estatal; por tanto, su asunción autonómica requeriría la previa modificación del art. 1.2 de la Ley 1/2002.

Aunque no se refiere a prácticas restrictivas imputables a los colegios profesionales, cabe incluir en este subapartado a la Resolución de 4 de julio de 2003 (Expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento) que versa sobre un campo próximo, el libre ejercicio de una actividad profesional que no requiere titulación o colegiación alguna, en este caso la intermediación inmobiliaria, sector en el que las prácticas restrictivas de la competencia suelen provenir de los colegios de agentes de la propiedad inmobiliaria<sup>25</sup>, o bien de sujetos individuales miembros de dichos colegios. El denunciado, agente colegiado, llevó a cabo una campaña de desprestigio contra sus competidores, mediante la publicación reiterada de un anuncio en un periódico local (*El Mundo. La Crónica de León*) que proclamaba la exclusividad de los agentes de la propiedad inmobiliaria, en perjuicio de los demás agentes inmobiliarios sin esa condición. El mercado afectado es el mercado de la intermediación inmobiliaria de la provincia de León. En la medida en que ayuda a definir el mercado geográfico relevante, cabe indicar que la cuota de mercado del periódico citado en el año 2000 en la provincia de León, teniendo en cuenta el total de la prensa diaria escrita con distribución en dicha provincia, fue del 25,3 por 100, y su difusión media de 10.621 ejemplares.

### C. LAS AUTOESCUELAS

Las autoescuelas constituyen un sector propicio, por regla general, a la competencia autonómica. El mercado geográfico relevante suele tener una índole local, primordialmente municipal o supramunicipal. Los

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución de 30 de mayo de 2002 (Expte. 521/01. Agentes Propiedad Inmobiliaria). En dicho caso se había presentado una denuncia contra una pluralidad de colegios profesionales de APIs, que habían cometido la misma práctica restrictiva en su ámbito de actuación: llevar a cabo campañas de publicidad engañosa en perjuicio de los agentes no colegiados. De acuerdo con los puntos de conexión de la Ley 1/2002, las autoridades autonómicas serían competentes para incoar y resolver los procedimientos sancionadores contra los ilícitos competenciales realizados en su territorio.

efectos de las prácticas restrictivas no superan ese ámbito geográfico. En 2003 se ha adoptado la Resolución de 4 de marzo de 2003 (Expte. 532/02, Autoescuelas Coslada). La práctica investigada consistía en acuerdos para establecer las mismas tarifas en la enseñanza para la obtención del permiso de conducir. El TDC señala que «el mercado relevante es el de la enseñanza para obtener el permiso de conducir tipo B en el término municipal de Coslada —si bien con cierta afectación a municipios colindantes—».

#### D. EL CIERRE DE UN MERCADO

La Resolución de 26 de mayo de 2003 (Expte. 539/02, Cofarca) estima la existencia de un cierre de mercado a la competencia exterior. El TDC declara que «la imposición estatutaria realizada a los socios de una cooperativa farmacéutica de la obligación de adquirir al menos el 70 por 100 de sus compras anuales a la propia cooperativa, pudiendo ser expulsados de ella si incumplieran tal obligación, todo ello realizado desde una posición de dominio en el mercado definido de la distribución al por mayor de medicamentos, productos farmacéuticos y parafarmacéuticos de la provincia de Las Palmas, en el que la imputada tiene el 90 por 100 y una absoluta independencia de comportamiento frente a sus competidores, como demuestra el hecho de fijar tan elevada cuota, constituye una conducta que debe considerarse incurso en las prohibiciones establecidas por el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que tiene como objeto y efecto el cierre del mercado a otros competidores» (FJ 4.º).

En el supuesto de hecho no parece que el cierre de mercado sea tan relevante como para considerar afectada la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, o para considerar afectada la “unidad de mercado nacional” de acuerdo con la letra a) del art. 1.2 de la Ley 1/2002. Con independencia de la mayor o menor dificultad de cerrar un mercado autonómico en condiciones análogas a las existentes en el citado asunto Comarca (en el que el hecho insular desempeña un papel importante), que un cierre de mercado autonómico pueda afectar al conjunto del mercado nacional dependerá de que dicho mercado autonómico constituya una parte sustancial del mismo; habrá que evaluar la dimensión del mercado cerrado en relación con el mercado global.

#### E. LOS MERCADOS REGIONALES: LAS CEMENTERAS Y EL CARTÓN ONDULADO

La aplicación del principio estricto de territorialidad extrae de la competencia autonómica no sólo los supuestos que afectan al ámbito del mercado nacional en su conjunto, sino también, por regla general, los supuestos de hecho de los mercados regionales que exceden el ámbito



autonómico. El TDC define el mercado geográfico de referencia como «un territorio en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y puede distinguirse de los territorios vecinos por diferencias notables de tales condiciones, entre las que hay que tener en cuenta, desde el lado de la oferta, las que se derivan de diferencias considerables de las cuotas de mercado de las empresas». Si las condiciones de competencia no son homogéneas, cada región puede constituir un mercado. Ello no obsta para que, a menudo, las mismas empresas o los mismos grupos estén presentes en varios o en todos los mercados regionales. De hecho, la localización de los centros productivos de los diversos grupos puede servir de indicio de la existencia y de la extensión de esos mercados regionales. Obviamente, esos mercados regionales no tienen por qué coincidir con los territorios de las CCAA constituidas, sino que se delimitan según las distancias de los distintos productores de cemento respecto a los consumidores, los costes de transporte, etc. En consecuencia, a los efectos de la aplicación de los puntos de conexión, la determinación de la autoridad competente requiere la identificación previa del mercado geográfico relevante. Si el mercado geográfico relevante coincide o es inferior al territorio de la Comunidad Autónoma, la competencia corresponde a las autoridades autonómicas. Si el mercado geográfico relevante supera el territorio de la Comunidad Autónoma, habrá que analizar los efectos de la conducta en relación con el mercado geográfico relevante. El examen de una pretendida posición de dominio en un mercado geográfico de alcance supraautonómico corresponde *de lege lata* a los órganos estatales, quienes poseen la competencia en los supuestos de incidencia supraautonómica. Otras conductas restrictivas, en cambio, con efectos exclusivamente en una sola Comunidad Autónoma corresponderían a las autoridades autonómicas correspondientes. En suma, habría que evaluar la dimensión del mercado afectado y la cuota de mercado de las empresas implicadas.

Un sector económico de alcance regional es el de la fabricación de cemento. El mercado del cemento es uno de los ejemplos típicos de mercado de dimensión regional, ya que se caracteriza por los elevados costes de transporte. A lo largo de su actividad el TDC se ha ocupado en diversas ocasiones de este sector. La Resolución de 11 de septiembre de 2003 (Expte. 549/02, Cementeras Puerto de Bilbao) estimó que la conducta de dos empresas cementeras que se pusieron de acuerdo, primero, para oponerse presentando alegaciones a la solicitud de una concesión administrativa por una competidora para la construcción de una molienda de cemento y, segundo, para presentar a través de una empresa común un proyecto alternativo al concurso público posteriormente convocado, no constituía una práctica restrictiva de la competencia prohibida por la LDC. La resolución fue adoptada por mayoría, con el voto en contra de tres vocales. Aunque el TDC no apreció una práctica restrictiva, puede ser interesante discutir cuál sería el mercado geográfico de referencia en casos similares. Una de las empresas implicadas, Financiera y Minera, S.A., es una de las principales compañías cementeras de la Península Ibé-

rica y cuenta en la actualidad con tres fábricas de cemento, dos de ellas situadas en el País Vasco (en Vizcaya y en Guipúzcoa). La otra empresa implicada, Cementos Leonesa, s. a., cuenta con una fábrica en Vizcaya, y con otras tres en el resto del Estado (Cantabria, Zamora y Málaga). Las dos empresas implicadas controlan las tres fábricas de cemento radicadas en el País Vasco y solicitaban a través de una empresa común (Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, s. a.) la concesión administrativa para una nueva fábrica cuya localización en la zona portuaria le reportaría un privilegio considerable. Si —con independencia de que la mayoría del TDC estimara que la conducta analizada no era una práctica prohibida— se examina el ámbito geográfico afectado, sí parece que la fabricación de cemento del País Vasco se inserta en un mercado supraautonómico, que engloba probablemente otras CCAA limítrofes (Cantabria, Navarra, La Rioja), aunque no están claros sus contornos externos. El País Vasco es el principal destino de las ventas de cementos, cal y yeso producido en dicha Comunidad (hasta un 57 por 100 de las ventas)<sup>26</sup>, pero un porcentaje importante se vende fuera; dados los elevados costes de transporte cabe presumir que se venderá en las Comunidades limítrofes o en el sur de Francia. Aunque no tenemos los medios, ni es el lugar para definir con precisión la dimensión del mercado geográfico, las anteriores consideraciones parecen sustentar la conclusión de que, si se aplica en términos estrictos el criterio de territorialidad, a las prácticas restrictivas que pudieran provenir de las empresas implicadas se les atribuirán efectos en un ámbito supraautonómico, a pesar de que la producción de cemento por las empresas radicadas en el País Vasco no constituye más que un 5 por 100 de la producción total española.

El cartón ondulado constituye también un mercado regional, cuyo carácter autonómico o supraautonómico, a los efectos de la aplicación de los puntos de conexión, habrá de ser determinado en cada caso. En efecto, el transporte tiene también un peso determinante en el precio final del cartón ondulado (usado primordialmente para la fabricación de cajas de cartón), por lo que se configuran dentro del mercado nacional varios mercados regionales. La Resolución de 18 de febrero de 2003 (Expte. 534/02, Fabricantes Cartón), que declaró la caducidad del expediente ante el Servicio, examinó una denuncia, a propósito de un contrato de licencia, contra la asociación patronal (AFCO) que engloba el 90 por 100 de la producción total de cartón ondulado de España y contra un fabricante de cartón que posee cuatro fábricas distribuidas por el territorio estatal (Basauri, Valladolid, Barcelona y Canarias). En este caso la incidencia supraautonómica parece clara, ya que la práctica restrictiva no se ciñe a un mercado regional concreto, sino que afecta al conjunto del sector.

---

<sup>26</sup> *Economía Vasca. Evolución sectorial (1976-2001)*, Informe de Caja Laboral, p. 225.

## F. EL TRANSPORTE MARÍTIMO

El sector del transporte marítimo, en sus diversas modalidades, es uno de los sectores que *prima facie* parecen orientarse por regla general a la competencia estatal, bien por la dimensión del sector, bien por el origen o destino plural de la carga transportada. En 2003 se han adoptado resoluciones concernientes a una conferencia marítima, a un acuerdo entre las empresas que operan ferrys entre Algeciras y Ceuta, y al transporte de cítricos con dirección al mercado norteamericano.

La Resolución de 18 de febrero de 2003 (Expte. A 290/01, Conferencia Marítima Península-Canarias) aborda la compatibilidad del acuerdo de constitución de una Conferencia Marítima que opera entre la Península y las Islas Canarias. La afectación al conjunto del mercado nacional parece clara: las empresas conferenciadas operan con la generalidad de los puertos de la Península. Con todo, es interesante señalar que, a los efectos del examen del acuerdo, se dilucidó cómo había de determinarse el mercado geográfico relevante: cada puerto, cada fachada marítima o el conjunto del transporte marítimo. El TDC consideró que «las altas cuotas de mercado en algunos puertos de la fachada Norte (Bilbao, 48 por 100; Marín, 82 por 100) y de la fachada mediterránea (Barcelona, 50 por 100; Alicante, 48 por 100; Valencia, 33 por 100) podían determinar posiciones de dominio que hacen inaplicable la excepción prevista en la LPEMM» (Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), aunque a continuación concluyó que «una vez que se define el mercado geográfico en términos estrictos, las cuotas de mercado globales resultan relativamente irrelevantes». Como la Conferencia Marítima en cuestión no se ajustaba al art. 84.2 LPEMM, no gozaba del amparo legal del art. 2 LDC y, por este motivo, el TDC examinó su conformidad con respecto al art. 3 LDC.

La Resolución de 13 de junio de 2003 (Expte. Trasmediterránea/Euroferrys/Bu-quebús) aborda la compatibilidad con la libre competencia de un acuerdo de precios para el servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras, reforzado por un acuerdo de intercambiabilidad entre los billetes de las respectivas compañías. Como resalta el TDC, el servicio de transporte marítimo Algeciras-Ceuta-Algeciras «se distingue por constituir prácticamente el único medio de transporte directo entre Ceuta y la Península, por un lado, y por servir de puente para los miles de ciudadanos magrebíes que trabajan en Europa y van y vuelven de visita a su país de origen, por otro». Sin duda, las tres empresas que atienden esa línea dominan entre todas ellas el 100 por 100 del mercado relevante. En cuanto a la demanda, se sitúa cerca de los 2,5 millones de pasajeros y unos 430.000 vehículos (datos del año 2000), de los cuales el 50 por 100 serían residentes en Ceuta, en ciudades marroquíes aledañas a Ceuta, militares destinados en Ceuta, turismo de compras y viajes de negocios; y el 50 por 100 marro-

quies residentes en Europa. En este caso parece igualmente claro que el ámbito afectado no es de índole autonómica, sino estatal: no afecta exclusivamente a la Ciudad Autónoma de Ceuta ni a la Comunidad Autónoma de Andalucía. El TDC impuso una sanción de 600.000 € a cada una de las tres empresas implicadas.

Por otro lado, la Resolución de 19 de diciembre de 2003 (Exp. te. 554/02, Transporte Cítricos) examina la conformidad de un acuerdo de mejor trato en el transporte marítimo de cítricos en contenedor refrigerado en la ruta exclusiva desde España a Estados Unidos. La cuestión controvertida era si el acuerdo de mejor trato era objeto de una aplicación discriminatoria, en particular si se imponía un determinado transitario para beneficiarse del mejor trato. Con la limitación de la información disponible, no es posible dilucidar con plena seguridad a quién correspondería la aplicación de la LDC. En principio, el hecho de que la conducta restrictiva se produzca fuera del territorio estatal no altera la regla básica de la competencia autonómica: la doctrina de los efectos. No obstante, serán raros los casos de una conducta realizada fuera del territorio estatal que sólo produzca efectos en una Comunidad Autónoma. El caso analizado se sitúa en un incierto terreno entre la afectación autonómica y supraautonómica. Aunque, a la luz de los antecedentes de hecho, los exportadores de cítricos que se beneficiaban efectivamente del acuerdo de mejor trato logrado por una asociación (Asociación Mediterránea de Exportadores e Importadores de Productos Agroalimentarios) parecen proceder de la Comunidad Valenciana, la asociación tiene carácter abierto, sus asociados son las empresas que lo desean en cada momento y no puede excluirse la participación de empresas de otras CCAA (p. ej., Murcia, Cataluña). Además, afectaba también a los transitarios que se ocupan de los embarques de la carga de los socios. Aunque los principales efectos parecen concentrarse en la Comunidad Valenciana, sería necesaria una investigación más exhaustiva para poder establecer con suficiente seguridad que únicamente afectaba a productores de cítricos o a transitarios radicados en dicha Comunidad. La aplicación del criterio estricto de territorialidad conduce a descartar la competencia autonómica cuando los efectos del acuerdo o práctica examinada superan el ámbito autonómico. Con la mencionada reserva a causa de la relativa indeterminación que pende sobre el ámbito territorial afectado, el supuesto se ha incluido con los casos de incidencia supraautonómica.

## G. LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

La distribución comercial es un sector susceptible de oscilaciones en cuanto al ámbito territorial afectado. El ámbito territorial afectado dependerá de la dimensión de la red de distribución. La Resolución de 18 de junio de 2003 (Exp. te. 541/02, DIASA) examina una denuncia sobre una serie de prácticas restrictivas impuestas en el marco de una franquicia.

La entidad DIASA, perteneciente al grupo Carrefour, es una cadena de establecimientos de distribución de productos que cuenta con 1.500 tiendas propias y 700 franquiciadas. Esas tiendas se extienden por todo el territorio del Estado. El TDC señala la siguiente cuota de mercado: en el mercado de distribución minorista de productos de consumo diario en formatos de libre servicio, el grupo Carrefour/Promodés oscila en torno al 25 por 100, tanto en términos de volumen de facturación como en superficie; de ese 25 por 100, DIASA representa el 37 por 100 por lo que ésta tiene una cuota estimada en torno al 9 por 100 del mercado de referencia.

Por otra parte, la Resolución de 28 de abril de 2003 (Expte. A 322/02, Contrato-tipo Comisión IBERIA) autoriza un modelo de contrato-tipo de comisión mercantil para la promoción y venta de servicios de transporte aéreo por las agencias de viajes minoristas establecidas en España. La afectación al conjunto del mercado nacional es clara.

En cambio, la Resolución de 8 de abril de 2003 (Expte. A 313/02, Pacto Foodservice-Mercat) aborda la solicitud de una autorización singular para un pacto de no competencia vinculado a un contrato de arrendamiento con opción de compra de una empresa de distribución alimentaria a hostelería y restauración que tiene una cuota pequeña (2 por 100) del mercado balear, que es el mercado geográfico relevante.

## H. EL RECICLADO DEL VIDRIO

La Resolución de 12 de septiembre de 2003 (Expte. 537/02, Reciclado de Vidrio) apreció la existencia de graves prácticas restrictivas en el mercado de recuperación del vidrio. La afectación del mercado nacional en su conjunto es evidente. Una de las asociaciones denunciadas, la Asociación Nacional de Empresas de Fabricación Automática de Envases de Vidrio (ANFEVI), está formada por asociados que representan el 98 por 100 de la producción total de vidrio hueco y que se extienden por un total de siete CCAA. La otra asociación, la Sociedad Ecológica para el Reciclado de los Envases de Vidrio, tiene igualmente una dimensión supraautonómica, ya que a ella pertenecen la anteriormente citada ANFEVI, diferentes asociaciones de envasadores de bebidas y asociaciones de recuperadores o recogedores de vidrio. El TDC impuso a ANFEVI una sanción de 600.000 € y a la otra asociación dos sanciones de 150.000 € cada una.

## 5. CONCLUSIONES

1) La Ley 1/2002 estableció los puntos de conexión de las competencias ejecutivas estatales y autonómicas en materia de defensa de la competencia. No obstante, el grado de descentralización efectiva en la

aplicación de la LDC depende no sólo de los criterios retenidos por dicha Ley, sino también, de forma relevante, de la interpretación que predomine al respecto en los propios órganos competentes y, en su caso, en los órganos que controlen la legalidad de las decisiones de esos órganos.

2) Para determinar el impacto futuro de los puntos de conexión en la descentralización efectiva de la aplicación de la LDC se han analizado las treinta y una resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC en procedimientos sancionadores y en procedimientos de otorgamiento de autorización singular. Los dieciocho expedientes sancionadores resueltos se dividen a partes iguales entre procedimientos de ámbito autonómico (50 por 100) y procedimientos de ámbito supraautonómico (50 por 100). Si se atiende al reparto territorial y sectorial de los procedimientos de ámbito autonómico resueltos, se aprecia una atomización considerable. Los nueve expedientes de ámbito autonómico resueltos se reparten entre Aragón (dos expedientes) y las siguientes CCAA: Andalucía, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Galicia y Madrid. Por otra parte, los trece expedientes de autorización singular resueltos (excluidas las renovaciones) revelan un porcentaje inferior de expedientes de ámbito autonómico: cuatro expedientes (31 por 100).

3) La anterior asignación de casos se ha servido únicamente del criterio rígido de territorialidad que acogen los apartados 1 y 3 del art. 1 de la Ley 1/2002. Los criterios adicionales establecidos en el apartado 2 de dicho artículo no se han considerado aplicables a ninguno de los supuestos de hecho analizados. Esta circunstancia sustenta la opinión sobre el carácter objetivamente innecesario, como técnica de asignación de las competencias de aplicación de la LDC, de los conceptos jurídicos indeterminados y de las consideraciones finalistas ajenas a la defensa de la competencia, previstos por aquel apartado.

4) Aun descontando el impacto de la puesta en funcionamiento de los órganos catalanes de defensa de la competencia, no es posible acreditar en 2003 un predominio de expedientes de ámbito autonómico. En consecuencia, atendiendo además al lento despliegue de los órganos autonómicos, los órganos estatales de defensa de la competencia no pueden confiar a corto plazo en una descarga apreciable de expedientes, que les permita acortar el tiempo de resolución e incrementar las labores de investigación de oficio y compensar así la mayor carga de trabajo derivada del incremento de responsabilidades en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

5) El análisis de las resoluciones pone de manifiesto algunos supuestos de hecho que, en aplicación estricta del criterio de territorialidad, corresponderían a los órganos estatales de defensa de la competencia, aunque bien podrían ser confiados a las autoridades competentes de las CCAA implicadas, en la medida en que no se afecta al mercado nacional en su conjunto. Un ejemplo puede ser el caso de los colegios profesionales cuyo ámbito de actuación excede el territorio de una Comunidad Autó-

noma (p. ej., Colegio Notarial de Madrid, Expte. 544/02). Otro supuesto podrían ser los mercados regionales que exceden el ámbito autonómico, aun sin constituir una parte sustancial del mercado nacional (p. ej., Cementeras Puerto Bilbao, Expte. 549/02). La competencia ejecutiva básica del Estado no se justifica en dichos supuestos en el mantenimiento de la unidad de mercado.

## LA LEY VERDE EN EL CASO SARDWAY

Ramón José Cordero

Profesor de Derecho mercantil y de Historia Económica

Centro de Investigación y Estudios Económicos y Jurídicos

Universidad de Valencia

### 1. INTRODUCCIÓN

La competencia y el libre mercado, en una economía globalizada, se han convertido en los principales impulsores de la productividad, la eficiencia, el desarrollo tanto de la calidad como de nuevos productos y el abate en los precios. Los mercados competitivos permiten a los consumidores elegir qué es lo que quieren comprar, dónde y a qué precio. Tal como señala el profesor Sutton (1998), el rol de la defensa de la competencia es buscar la eficiencia en la producción y asegurar de ese modo un crecimiento en la medida de lo posible, los países del mundo (c. J. las Américas, Miopoleña).

Entre las diferentes formas de actuación de la política de competencia, el que ocupa un lugar central es el control de las concentraciones entre empresas, es decir, las fusiones o adquisiciones entre una o más grandes grupos empresariales que se lleva a cabo una posición dominante en el mercado de actividad. En el actual mercado globalizado y libre a la fuerte y acelerada competencia presente en el mismo, las empresas necesitan llevar a cabo estrategias que incrementen su competitividad y fin de evitar ser absorbidas por otras mayores que ellas. Este hecho puede producirse en la práctica actual, aunque no de forma automática, a través de las fusiones que refuerzan las empresas económicas y legales ya existentes en los mercados. En efecto, las empresas se ven forzadas a concentrarse para poder alcanzar un tamaño que les permita competir de forma cooperativa y mantener o ampliar su presencia en un mercado cada vez más competitivo. Cualquier cambio en la competencia puede afectar al equilibrio fundamental de los mercados.

En el momento en el que coexisten naturalmente los efectos positivos y negativos de las fusiones: a) las concentraciones entre empresas mediante fusiones, adquisiciones o creación de nuevas empresas pueden provocar efectos positivos en los mercados al incrementar, por un lado, las ventajas





## ¿LUZ VERDE EN EL CASO SAFEWAY?

Raquel INSA CIRIZA

Profesora del Departamento de Política Económica  
Grupo de investigación en Políticas Públicas y Regulación Económica  
Universitat de Barcelona

### 1. INTRODUCCIÓN

La competencia y el libre mercado, en una economía globalizada, se han convertido en los principales impulsores de la productividad, la eficiencia, el desarrollo tanto de la calidad como de nuevos productos y el ajuste en los precios. Los mercados competitivos permiten a los consumidores elegir qué es lo que quieren comprar, dónde y a qué precios. Tal como señala el profesor SPILLER (1999), el rol de la defensa de la competencia es buscar la eficiencia en la producción y asignación de recursos corrigiendo, en la medida de lo posible, los fallos del mercado (e. j., las situaciones oligopolísticas).

Entre los diferentes ámbitos de actuación de la política de competencia, el que ocupa un lugar central es el control de las concentraciones entre empresas, es decir, las fusiones o adquisiciones entre dos o más grandes grupos empresariales que les lleve a ocupar una posición dominante en su mercado de actividad. En el actual mercado globalizado y frente a la fuerte y acelerada competencia existente en el mismo, las empresas necesitan llevar a cabo estrategias que incrementen su dimensión a fin de evitar ser absorbidas por otras mayores que ellas. Este hecho puede provocar, en la práctica actual, situaciones de concentración empresarial que infrinjan las exigencias económicas y legales de competencia en los mercados. En efecto, las empresas se ven incitadas a concentrarse para poder alcanzar un tamaño que les permita seguir siendo competitivas y mantener o ampliar su presencia en unos mercados cada vez más extensos. Cualquier cambio en la competencia puede afectar al efectivo funcionamiento de los mercados.

En el momento en el que existen concentraciones nos encontramos ante dos situaciones: a) las concentraciones entre empresas mediante fusiones, adquisiciones o creación de nuevas empresas pueden provocar efectos positivos en los mercados al incrementar, por un lado, las ventajas

de las economías de escala y, por otro, la reducción de costes fijos y variables (instalaciones, plantillas, etc.), ventajas que se transfieren al consumidor vía precios; y *b*) aquellas concentraciones que refuerzan la posición dominante de una empresa provocando abusos en los mercados y desventajas para los consumidores vía precios o calidad de los productos. Frente a esta última situación las autoridades están obligadas, de acuerdo con la legislación actual, a analizar previamente el mencionado proceso de concentración y las posibles consecuencias de la situación de dominio y posteriormente posicionarse sobre las conductas manifiestamente abusivas, para que éste funcione de forma “óptima”.

En la literatura existente sobre el tema y sobre todo para los estudiosos interesados en el mismo, la regulación en el mercado de la distribución comercial británico es un tema candente, tal y como se ha podido constatar en las investigaciones realizadas por la *Office of Fair Trade*<sup>1</sup> en 1998-1999 y el estudio llevado a cabo por la *Competition Commission*<sup>2</sup> sobre las grandes cadenas de supermercados en abril de 1999. En el mercado distributivo alimentario británico la concentración es muy elevada, las cuatro primeras empresas: Tesco, Sainsbury, Asda y Safeway poseen aproximadamente el 80 por 100 del mercado distributivo.

## 2. ESCENARIOS POSIBLES EN LA FUSIÓN DE SAFEWAY

En la actualidad Safeway, con dificultades financieras, necesita superar las mismas a través de un proceso de fusión o absorción. Entre las compañías interesadas en esta operación figuran Morrison, Sainsbury, Tesco y Asda, esta última perteneciente a Wal-Mart (gran empresa de distribución americana y primera enseña a nivel mundial).

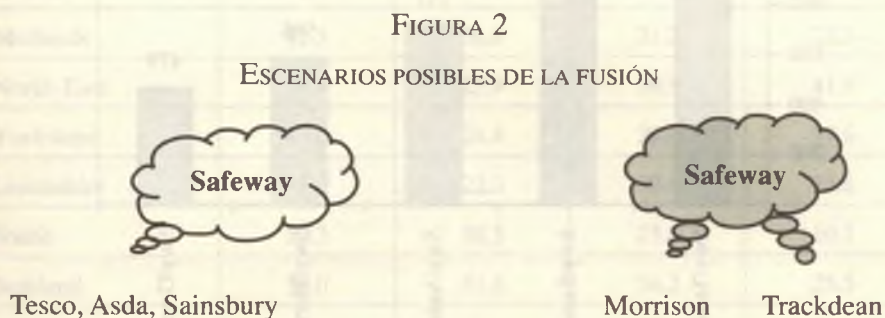
FIGURA 1  
VENTAS DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL  
EN EL MERCADO BRITÁNICO  
(miles de euros, 2003)



<sup>1</sup> Oficina de Comercio en el Reino Unido.

<sup>2</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia británico.

Tanto Sainsbury como Tesco y Asda tienen la fuerza financiera suficiente como para que sus ofertas sean tenidas en consideración por los accionistas de Safeway. Mientras que Morrison, con menor dimensión financiera, posee una estructura de supermercados de grandes superficies<sup>3</sup>, las tiendas de Safeway son medianas superficies<sup>4</sup> mayoritariamente situadas en los centros de las ciudades.



Nos encontramos frente tres posibles escenarios, el *primero* de ellos es la fusión de Safeway con cualquiera de las tres primeras enseñas del mercado (Tesco, Sainsbury o Asda). En este primer escenario se vería reducida la elección por parte de los consumidores, o lo que es lo mismo la competencia, disminuyendo el número de grandes enseñas de cuatro (Tesco, Sainsbury, Asda y Safeway) a tres. Cualquiera de las tres posibles situaciones provocaría una investigación por parte de la Comisión de Competencia británica con la posibilidad de que esta Comisión no permitiera dichas fusiones, ya que incumpliría alguna de las reglas sobre concentraciones en la normativa de defensa de la competencia. Las leyes del Reino Unido impiden que una empresa supere el 25 por 100 en un sector del mercado.

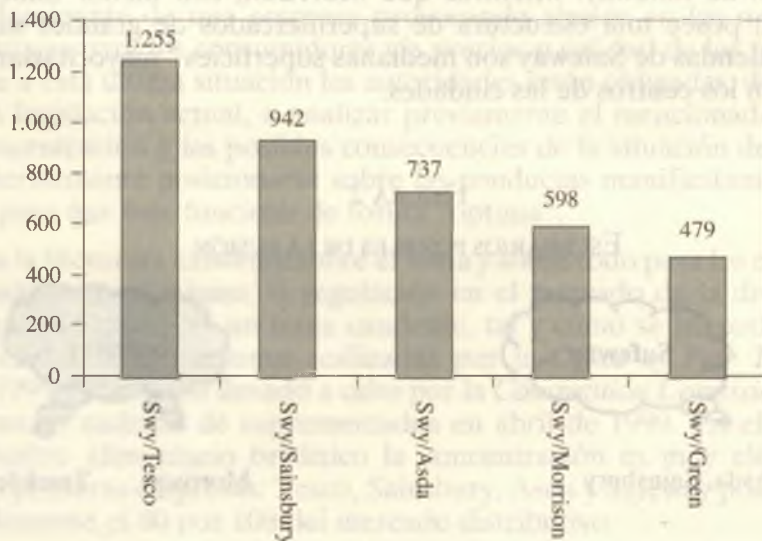
Si, por el contrario, nos encontramos frente al *segundo* escenario en el que finalmente se lleva a cabo la fusión entre Safeway y Morrison, la nueva empresa que se cree se convertirá en la cuarta mayor empresa del mercado, compitiendo con las tres grandes, evitando que alguna de ellas acabe dominando el mercado. Una situación además favorable de este segundo escenario es que mientras Morrison predomina en el mercado del norte de Inglaterra, Safeway lo hace en el mercado Escocés, donde es líder, y del sur de Inglaterra, por lo que las operaciones de las dos compañías serán complementarias. Ambas empresas pueden encontrar en esta operación una salida importante a sus estrategias económicas, Safeway por necesidades financieras y Morrison porque es una manera rápida de crecer.

<sup>3</sup> Tiendas de más de 5.000 m<sup>2</sup> de superficie de venta.

<sup>4</sup> Tiendas entre 2.500 y 4.999 m<sup>2</sup> de superficie de venta.

FIGURA 3

## NÚMERO DE ESTABLECIMIENTOS DESPUÉS DE LA FUSIÓN CON SAFEWAY



Finalmente, el *tercer* escenario es la fusión con Trackdean. En esta ocasión, la situación final del mercado será el mismo que el actual, ya que la empresa del Sr. Green no es competidora directa en el mercado de la distribución comercial dedicado a la alimentación.

Los distintos escenarios anteriormente mencionados quedan reflejados en número de establecimientos en la figura 3.

El problema puede aparecer en los establecimientos mayores de 1.400 m<sup>2</sup>, tras la fusión de las diferentes empresas con Safeway, tal como aparece en la tabla anterior, la concentración de Tesco es la mayor con un porcentaje de más del 50 por 100 en cinco regiones, Asda y Sainsbury's tienen una concentración de aproximadamente el 50 por 100 en dos regiones, por el contrario la empresa Morrison sólo tiene en una de las regiones una concentración del 40 por 100. De aquí podemos ver que la empresa Morrison, a diferencia de las otras competidoras, no está bien representada en todas las regiones del Reino Unido, por lo que podríamos decir que el segundo o el tercer escenario serían los más convenientes.

De los tres escenarios posibles, el primero es el que más atenta contra la competencia, el segundo es el más favorable a ésta. Nos encontramos ante uno de los casos en los que la fusión entre dos empresas situadas en el cuarto y quinto lugar (Safeway y Morrison) provocará una mejora en la competencia del mercado de la distribución comercial en el Reino Unido. El Gobierno está preparado para parar la posible fusión con Asda, Sainsbury o Tesco, aunque éstos hayan prometido vender un gran número de establecimientos una vez realizada la fusión. A su vez, la Asociación

TABLA 1  
ESTABLECIMIENTOS MAYORES DE 1.400 m<sup>2</sup>  
TRAS LA FUSIÓN EN EL REINO UNIDO (EN PORCENTAJES)

	<i>Tesco</i>	<i>Sainsbury's</i>	<i>Asda</i>	<i>Morrison</i>
Reino Unido	44.2	34.5	31.3	20.0
London	42.5	45.9	20.7	10.2
Midlands	41.5	36.8	31.2	22.1
North-East	29.4	25.9	50.9	41.9
Yorkshire	29.6	21.4	30.0	39.6
Lancashire	37.0	22.3	39.6	23.6
South	50.3	38.3	23.8	10.1
Scotland	56.0	31.5	56.2	25.5
East England	53.3	33.1	19.1	15.3
Wales	54.5	30.5	36.1	15.2
South-West	59.4	44.0	31.1	20.4

Fuente: elaboración propia según datos TNS.

de los Consumidores se ha posicionado a favor de la combinación Saway/Morrison, ya que ésta favorece la competencia. Según un artículo publicado en el *Retail Week magazine* (2003) por el Dr. REYNOLDS, Asda<sup>5</sup> tiene las de ganar a la hora de la fusión con Saway. Tal y como se ha dicho anteriormente, Asda pertenece a la cadena norteamericana Wal Mart, ésta necesita expandir su representación en el Reino Unido.

### 3. RESOLUCIÓN FINAL DE LA FUSIÓN

Patricia HEWITT, Secretaria de Estado para el Comercio y la Industria, envió cuatro de las cinco propuestas de adquisición de Saway a la Comisión de Competencia. La *Fair Trading Act* de 1973, autoriza al Secretario de Estado para el Comercio y la Industria a remitir a la Comisión de Competencia para investigar e informar de las propuestas de fusión que crean o intensifican una cuota de mercado del 25 por 100 de la oferta en el Reino Unido de bienes y servicios o implican una adquisición de acciones mayor de 70 millones de libras.

Esta Comisión ha investigado los casos de Tesco, Asda, Morrison y Sainsbury porque, tal y como ya se ha dicho, puede ocurrir una reducción

<sup>5</sup> Director del *Oxford Institute of Retail Management*, Oxford University.

de la competencia. La Comisión emitió su dictamen en septiembre de 2003. Tal como apuntábamos en el apartado anterior a través de los posibles escenarios con los que nos podíamos encontrar tras la fusión, el resultado al que la Comisión de Competencia ha llegado coincide con el segundo de los escenarios planteados (que, a mi modo de ver, era uno de los mejores resultados en lo que a la competencia se refiere). También coincide con el posicionamiento de la Organización de Consumidores. La OFT ha seguido los dictámenes de la Comisión de Competencia.

#### A. INFORME DE LA COMISIÓN DE COMPETENCIA

El informe de la *Competition Commission* dice que la propuesta de adquisición de la empresa Safeway por parte de Asda, Sainsbury y Tesco ha sido prohibida, por los efectos adversos que estas fusiones puedan producir en el mercado. Según ellos estos efectos son:

- a) Incremento en los precios de venta al público en los supermercados *one-stop* debido a la reducción del número de empresas a nivel nacional.
- b) Aumento del precio de los comestibles debido a la falta de competencia en los mercados locales.
- c) Reducción de la competencia en nuevas aperturas y disminución de la competencia en las entradas de empresas al mercado en aquellas áreas en las que Safeway no está presente.
- d) Debilitamiento de la posición de algunos de los proveedores. Posible disminución de la inversión en nuevos productos o técnicas de manufacturado.

Por el contrario, la propuesta hecha por la compañía Morrison ha sido aceptada, ya que se espera que los efectos adversos descritos anteriormente sean mínimos tras la fusión de Safeway y Morrison. La Comisión piensa que la nueva empresa Morrison/Safeway no reduce la competitividad en el mercado de la distribución comercial a nivel nacional. Los efectos adversos que espera la Comisión son:

- a) En áreas locales identificadas, una reducción del número de tiendas *one-stop* y pequeños establecimientos, esto provocaría una merma en la capacidad de elección por parte de los consumidores y una reducción de la competencia; por lo que los precios se verán incrementados con el tiempo. Las áreas son aquellas donde se superponen los establecimientos de ambas compañías.
- b) Incremento del poder de negociación con los proveedores.

A pesar de dichos efectos adversos, la Comisión de Competencia ha encontrado diversos beneficios provocados por la fusión, tales como ahorros en costes. Al no haber reducción de la competencia en las tiendas *one-stop* a nivel nacional, esto incentivará el que dichos ahorros se traspasen a los consumidores a través de los precios de venta de los productos.

Los beneficios encontrados por la Comisión son suficientes como para compensar los efectos adversos hallados.

#### B. SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA COMISIÓN DE COMPETENCIA

La Comisión ha concedido el permiso de fusión bajo las siguientes condiciones de cierre: la Comisión recomienda la venta de 48 establecimientos *one-stop grocery* situados en las localidades problemáticas identificadas por la Comisión de Competencia —estas tiendas se caracterizan por ser establecimientos con una superficie de venta mayor de 1.400 m<sup>2</sup>—, y también la venta de cinco tiendas pequeñas (menores de 1.400 m<sup>2</sup>) de la enseña Safeway. La venta de las empresas *one-stop* se realizará en pequeños grupos o individualmente cada una de ellas.

#### C. RECOMENDACIONES E INFORME DE LA OFT

La OFT informa de la aceptación de las recomendaciones hechas por la Comisión de Competencia (CC), en particular lo que hace referencia a las soluciones propuestas por dicha Comisión.

La OFT considera que las soluciones propuestas por la Comisión se pueden implementar y controlar de una forma efectiva. Aunque hay una serie de cuestiones que se tienen que tener en cuenta, como, por ejemplo, que la CC no ha especificado la forma en la que se tienen que vender los cinco establecimientos pequeños. Por lo que será la OFT quien tenga que aceptar las condiciones de venta y poner un tiempo límite.

Las condiciones determinadas por la OFT que debe de cumplir el comprador de los establecimientos puestos a la venta son:

a) Que sea independiente y no tenga vinculación con el grupo Morrison.

b) Que posea recursos financieros, expertos e incentivos suficientes para mantener el establecimiento comprado como tienda *one-stop* y que actúe como competidor de Morrison y de las otras compañías en esa área local.

c) Que no pueda, en un período inferior a dos años desde el momento de la compra, vender dichos establecimientos a compradores que no estén autorizados por la OFT.

#### 4. CONCLUSIONES

Tal y como se ha visto, el dictamen final ha sido la concesión del permiso de fusión entre las empresas Safeway y Morrison bajo las condiciones de venta de 48 locales de formato *one-stop* (tiendas caracterizadas por tener una superficie de venta mayor de 1.400 m<sup>2</sup>) en las respectivas

localidades y de 5 tiendas de tamaño pequeño (menores de 1.400 m<sup>2</sup>). Dicha fusión hace que en el mercado dedicado a la distribución comercial aparezcan cuatro grandes empresas a nivel nacional.

La OFT recomienda que se acepten cada uno de los compromisos mencionados en los puntos anteriores, dichos acuerdos han sido publicados y aceptados en concordancia con la Sección 88(2A) de la *Federal Trade Act*.

condiciones de este tipo. En consecuencia, la Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas. En consecuencia, la Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas. En consecuencia, la Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas.

La Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas. En consecuencia, la Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas. En consecuencia, la Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas.

La OFT considera que las soluciones propuestas por la Comisión de Comercio Internacional (CIC) en los puntos anteriores son adecuadas para resolver las cuestiones que se plantean en el presente. En consecuencia, la OFT recomienda que se acepten las soluciones propuestas por la Comisión de Comercio Internacional (CIC) en los puntos anteriores.

Las condiciones determinadas por la OFT en los puntos anteriores son adecuadas para resolver las cuestiones que se plantean en el presente. En consecuencia, la OFT recomienda que se acepten las condiciones determinadas por la OFT en los puntos anteriores.

La OFT recomienda que se acepten las condiciones determinadas por la OFT en los puntos anteriores. En consecuencia, la OFT recomienda que se acepten las condiciones determinadas por la OFT en los puntos anteriores. En consecuencia, la OFT recomienda que se acepten las condiciones determinadas por la OFT en los puntos anteriores.

4 - CONCLUSIONES  
La Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas. En consecuencia, la Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas. En consecuencia, la Comisión de Comercio Internacional (CIC) recomienda que se acepten los compromisos mencionados en los puntos anteriores en las localidades mencionadas.



# ¿MONOPOLIO DE LAS PALOMITAS EN LOS CINES? COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 21.<sup>a</sup>) DE 8 DE ENERO DE 2003

Francisco MARCOS

Profesor del Área Jurídica

Director del Observatorio de Política de la Competencia

Instituto de Empresa \*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Asociación de Consumidores y Usuarios «La Defensa» de Leganés presentó demanda fundada en la realización de actos de competencia desleal contra la Compañía de Iniciativas y Espectáculos, S.A. (CINESA), para que esta última eliminara la condición que impone a los usuarios de sus cines en el centro comercial Parquesur por la que se prohibía en el interior de la sala de cine el consumo de productos no adquiridos en la propia sala de cine o en el establecimiento denominado PICK&MIX sito en el exterior de la sala junto a las taquillas. PICK&MIX es un establecimiento anejo al cine que es propiedad de CINESA.

El juez de instancia de Leganés dictó Sentencia el 28 de febrero de 2001 desestimando la demanda al considerar que la prohibición impuesta por el cine no era contraria a las exigencias de la buena fe, aunque sin pronunciarse sobre la posibilidad de que constituyera una limitación abusiva contraria a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La Sección 21.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 8 de enero de 2003 por la que confirmaba la sentencia de instancia, aunque la modificó en la parte relativa al permiso de acceso a la sala con los productos adquiridos en PICK&MIX. La Audiencia estima que esta última pretensión no está amparada por el derecho de admisión, ya que sólo protege el interés económico de CINESA, introduciendo una discriminación injustificada respecto de los productos alimenticios y bebidas adquiridos en otros establecimientos del exterior.

---

\* Instituto de Empresa, Serrano, 118, E-28006 Madrid ([francisco.marcos@ie.edu](mailto:francisco.marcos@ie.edu)).

La condición discutida en la sentencia que se comenta es, con alguna variación a la que luego se aludirá, similar a las que frecuentemente se imponen a los usuarios de los cines, y por cuya virtud de limita el acceso a la sala con alimentos o bebidas adquiridos en el exterior. Estas previsiones han sido objeto de análisis por los Tribunales para evaluar su conformidad con nuestro ordenamiento jurídico. La discusión sobre el particular afecta al Derecho de la competencia (2), a la reserva del derecho de admisión (3), a la ordenación del comercio minorista (4) y a las normas jurídicas de protección de consumidores y usuarios (5), aunque lo más relevante sea probablemente la reflexión que este tipo de condiciones permiten realizar sobre las facultades que posee el empresario en la configuración de la actividad empresarial.

## 2. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 8 de enero de 2003 plantea en términos adecuados y resuelve un litigio que se había planteado ya con anterioridad ante otros órganos jurisdiccionales<sup>1</sup>, el relativo a la posible deslealtad concurrencial e ilicitud de acuerdo con la Ley de Competencia Desleal de la prohibición vigente en determinados establecimientos de acceder a ellos con comestibles adquiridos en el exterior, obligando a los usuarios interesados que deseen consumirlos a adquirir aquellos que se ofrecen en el interior del cine. Un adecuado análisis de la posible deslealtad de la prohibición de acceso y consumo de productos adquiridos en el exterior (*infra C*) debe enmarcarse en una reflexión sobre la facultad del empresario de construir libremente su prestación en el mercado (*infra A*), dando lugar en el concreto caso de los cines a una prestación compleja de carácter integral en el que el componente principal sigue naturalmente siendo la exhibición de películas pero ofreciendo al usuario diversas prestaciones alternativas (*infra B*). Procede, por último, evaluar la posible ilicitud de la práctica de acuerdo con la normativa *antitrust* (*infra D*).

### A. LA FACULTAD DEL EMPRESARIO DE CONFIGURAR LA PROPIA PRESTACIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina han extraído diversas facultades del reconocimiento que el art. 38 de la Carta Magna realiza de la libertad de empresa. Este derecho fundamental tiene su principal manifestación en la libertad de iniciativa económica de los suje-

<sup>1</sup> Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sala Civil, Sección 2.<sup>a</sup>) de 9 de mayo de 1997 (AC, 1997\1139) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 15 de abril de 1998 (RJ, 1998\2053).

tos, entendida como la libertad de emprender una actividad en el mercado utilizando la forma empresarial<sup>2</sup>.

Se consideran actividades empresariales a las actividades organizadas y duraderas en el mercado, que generalmente se encaminan a la obtención de un lucro. El mayor éxito y fortuna de las empresas se debe frecuentemente al acierto de los emprendedores en detectar una necesidad social insatisfecha y concebir un modelo empresarial que rellene ese vacío. Ésta es indudablemente la clave y uno de los principios inspiradores del sistema económico español como un sistema capitalista y de economía de mercado, en el que la oferta y la demanda de productos y servicios confluyen libremente en el mercado sin injerencias de los poderes públicos. En lo que aquí interesa, la afluencia libre de las empresas fabricantes y proveedoras de bienes y servicios al mercado se manifiesta en que es libre su decisión de entrar y salir del mercado, sin que —en principio— pueda obligarse a una empresa a que oferte sus productos o servicios en el mercado (salvo los supuestos de bienes o servicios de interés público) y que la empresa, en principio también, pueda construir y configurar con absoluta libertad sus prestaciones en el mercado, fijando el precio y las condiciones en las que se efectúan sin que los controles administrativos de su actividad puedan, salvo en los supuestos en los que el interés público o de los ciudadanos se vea verdaderamente afectado, alterar o modificar las condiciones de prestación<sup>3</sup>.

Además, en aquellos supuestos en los que la actividad empresarial se realiza en locales que son propiedad del emprendedor, entra en juego también el derecho constitucional a la propiedad privada (art. 33) que, respetando la función social de ese derecho, otorga al propietario amplia libertad en la organización de las múltiples facultades que configuran ese derecho, entroncando de manera directa con el derecho fundamental a la libertad de empresa<sup>4</sup>.

Por otra parte, entre las posibles modificaciones que el empresario puede acometer en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de empresa se encuentra la vinculación de prestaciones empresariales, que son todas ellas manifestación de la libertad de empresa. La vinculación de prestaciones puede revestir diversas modalidades, por cuya virtud el empresario liga dos o más de sus prestaciones en el mercado, ofreciendo al usuario la posibilidad de un consumo conjunto de las distintas prestaciones. Junto a la vinculación de prestaciones empresariales también la acumulación o empaquetamiento constituyen una manifestación

<sup>2</sup> Ver, por todos, Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista del Derecho Mercantil*, núms. 169-170, 1983, pp. 327 y 329.

<sup>3</sup> Sobre la libertad de organización, orientación, ampliación o modificación de la actividad empresarial, ver ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *Revista del Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pp. 331 y 334.

<sup>4</sup> Subrayan la conexión entre la libertad de empresa y la propiedad privada C. PAZ-ARES y J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios homenaje a Luis Díez-Pi- cazo*, t. IV, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 5985.

de la libertad de empresa, por virtud de la cual distintos productos o servicios se ofrecen al mercado como un único producto.

Por lo general, tanto la vinculación (*tying*) como el empaquetamiento (*bundling*) son estrategias empresariales legítimas y legales, plenamente amparadas en el derecho constitucional a la libertad de empresa. Sólo en aquellos supuestos en los que el empresario goza de una posición dominante en el mercado de alguna de las prestaciones afectadas por su decisión cabría dudar de la legalidad de su conducta en atención a los efectos anticompetitivos que de la misma puedan derivarse. En el resto de los supuestos, y siempre que no exista una subordinación desleal de prestaciones, se entiende que este tipo de estrategias puede producir efectos positivos y beneficiosos para los consumidores, aumentando el negocio del empresario y mejorando la calidad de los servicios que éste ofrece en el mercado y conduciendo, en última instancia, a una bajada en los precios de los productos o servicios en cuestión.

Por todo ello, entre las facultades que se reconocen a quienes inician una actividad empresarial se encuentran las de determinar libremente el objeto de la actividad empresarial, configurando libremente sus prestaciones y, en su caso, la de modificar —ampliándolo, reduciéndolo o simplemente sustituyéndolo por otro— el objeto de la actividad empresarial, modificando también sus prestaciones. El único límite de estas facultades se encuentra en la Ley y en el propio ordenamiento jurídico, que pueden establecer condiciones adicionales para el ejercicio de ciertas actividades o excluir la posibilidad de que ciertas actividades se desarrollen por el mismo sujeto<sup>5</sup>.

En el concreto caso que se examina, como se verá más adelante, no existe en sentido estricto vinculación, empaquetamiento o subordinación de prestaciones por parte de las salas de cine. Lo único que hay es una ampliación de su objeto empresarial más allá de la pura exhibición de películas, ofreciendo la posibilidad de adquisición de alimentos o bebidas para su consumo en la sala. Por lo demás, la protección del interés empresarial de los cines respecto de estas últimas prestaciones las lleva a decretar la prohibición de acceder a las salas con alimentos o bebidas adquiridas en el exterior. De esta manera, prestaciones que tradicionalmente podían considerarse relativamente<sup>6</sup> compatibles<sup>7</sup> pasan, por virtud de una modificación/ampliación de la actividad empresarial del cine, a ser consideradas incompatibles. La pregunta es obvia: ¿puede el cine declarar la incompatibilidad de prestaciones de otros establecimientos?; ¿puede el

<sup>5</sup> Naturalmente, los límites esenciales a la libertad de empresa han de contenerse en normas de rango legal, ver PAZ-ARES y ALFARO, en *Estudios homenaje a Luis Díez-Picazo*, op. cit., pp. 5979-5980.

<sup>6</sup> En función de las bebidas y alimentos que pretendieran introducirse y consumirse en la sala, ya que la higiene y el respeto al resto de los consumidores impiden que pueda permitirse el consumo de ciertos productos.

<sup>7</sup> Aunque no siempre, porque el cine siempre podría prohibir el acceso a sus salas y el consumo en ellas de cualquier producto.

cine establecer que sus prestaciones sean compatibles sólo con ciertas prestaciones ajenas?; ¿esa facultad entra dentro de la libertad de empresa del cine?

## B. LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO AFECTADO

El mercado al que se refiere el supuesto analizado y al que se habrá de aplicar el planteamiento anterior son las salas de cine como locales en los que se exhiben producciones audiovisuales a cambio del pago de un precio. El cine constituye un producto de ocio y diversión, que satisface las preferencias del consumidor sobre cómo emplear su tiempo libre.

La industria del entretenimiento ha experimentado un considerable desarrollo en las últimas décadas y las salas de cine han dejado de ser sólo lugares de exhibición de películas para ofrecer a los usuarios una prestación de ocio compleja en la que la exhibición es el principal componente, pero el consumidor tiene acceso a otros servicios alternativos, cuyo ejercicio es normalmente compatible con la visualización de la película.

La expansión de las prestaciones que, como complemento a la exhibición, prestan las salas de cine les ha permitido diversificar sus ingresos y ofrecer a los usuarios un servicio más completo<sup>8</sup>. Además, los servicios de venta palomitas, alimentos y bebidas constituyen una de las áreas más rentables de la actividad de las salas de cine, proporcionando incluso una mayor rentabilidad que la derivada de la exhibición de películas<sup>9</sup>. Junto a la proliferación de las multisalas, que permiten economizar costes, estos servicios adicionales han contribuido a paliar la importante caída del consumo del cine en los últimos treinta años.

La determinación del ámbito de la prestación de las salas de cine será esencial de cara a evaluar la lealtad concurrencial de la prohibición de acceder y consumir en las salas productos adquiridos en el exterior. Para ello es imprescindible partir de una concepción dinámica o evolutiva de los mercados, que cambian y evolucionan en el tiempo, para innovar y para adecuarse a las demandas y necesidades de los consumidores y usuarios. Sólo así es plausible entender que efectivamente la prestación de las salas de cine ha evolucionado en las últimas décadas, subsistiendo

<sup>8</sup> Así, en el caso que se comenta, la Audiencia Provincial de Madrid acepta el argumento de CINESA de que la prestación que oferta no es la mera exhibición de películas, si no una oferta lúdica completa, consistente en el «espectáculo integral formado por la proyección y la venta de comestibles» (FJ 2.º).

<sup>9</sup> Ver N. LACEY, *Key concepts in Media Studies*, Hampshire, Palgrave-MacMillan, Houndmills, Basingstoke, 2002, p. 16 [que habla incluso de la tendencia a la producción de cierta clase de películas “fungibles” (*commodified*) cuyo propósito es *inter alia* permitir que las salas de cine ganen dinero con los ingresos extra que obtienen por el consumo de alimentos y bebidas]. En el concreto caso de CINESA, las bebidas y productos alimenticios suponen entre el 30-35 por 100 de la facturación y un 60 por 100 de su beneficio, ver «La caída de los márgenes impulsa la concentración de las salas de cine», *Expansión*, 9 de marzo de 2004, p. 20.

hoy en día las empresas que disponen de múltiples salas y proporcionan a los espectadores lugares en los que adquirir productos alimenticios y bebidas, que podrán ser consumidos durante la exhibición de películas. La exhibición de películas sigue siendo el componente principal de las prestaciones empresariales de la sala, pero no es el único, porque los cines han evolucionado a lo largo del tiempo y ahora buscan cubrir otros posibles deseos de los espectadores que, en principio, cabría pensar son perfectamente compatibles con la visualización de la película, como son el consumo de ciertas bebidas y productos alimenticios. Naturalmente, se trata de una alternativa que se ofrece a los usuarios, pero que no es obligatoria, es posible acudir a la sala sin el ánimo de consumir ningún alimento o bebida y con el solo propósito de ver la película. No existe, por tanto, empaquetamiento ni subordinación de prestaciones por parte del empresario, aunque sí una posible vinculación de prestaciones que tan sólo se materializa en aquellos casos en los que el consumidor opta por el consumo en la sala de alimentos o bebidas. En efecto, en el caso de que el consumidor desee consumir algún producto será obligatorio hacerlo en el propio cine, sin que se permita el acceso al mismo con alimentos o bebidas adquiridos en el exterior. La vinculación es, por tanto, indirecta y sólo opera en ciertos supuestos. Esta norma, cuyo *enforcement* puede resultar difícil y problemático, sólo se explica como consecuencia de esa evolución en la prestación empresarial de los cines y se justifica razonablemente por la incompatibilidad de la configuración de la nueva prestación con el consumo de alimentos y bebidas adquiridos en el exterior, y no pretende otra cosa que tutelar el interés económico del cine y proteger su propia actividad empresarial, que se vería gravemente perjudicada en caso de que se permitiera el consumo de productos comprados fuera del cine<sup>10</sup>. La licitud o no de esa práctica dependerá de su conformidad con las distintas normas que disciplinan la competencia entre empresas y el consumo.

#### C. LA LEALTAD DE LA PROHIBICIÓN DE ACCESO Y CONSUMO DE PRODUCTOS DEL EXTERIOR

En la medida que el mercado se configure de esta manera, no existe ninguna razón que permita afirmar la posible deslealtad en el mercado de la prohibición de acceso y consumo de productos alimenticios y bebidas del exterior. Se trata de un acto que se realiza en el mercado, y que tiene finalidad concurrencial, en la medida que el cine pretende la promoción de sus prestaciones frente a las de los terceros, pero que ni es

<sup>10</sup> Ver Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de febrero de 1999 (R. 317/98, Salas de Cine): «el sentido económico que se ha venido entendiendo tiene el tradicional comportamiento normal y adecuado de los recintos o establecimientos dedicados a distintas actividades deportivas, recreativas o de espectáculos que cuentan con bares y cafeterías instaladas en su interior y que no permiten el consumo de alimentos o bebidas adquiridas fuera de los mismos, limitándolo a los que en ellos se sirven durante reducidos horarios y con máxima afluencia de público, lo que influye tanto en los costes como en los ingresos de explotación de estos negocios» (FJ 3.º).

encuadrable en ninguno de los ilícitos de competencia desleal contenidos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), ni se trata de un comportamiento contrario a la buena fe <sup>11</sup>.

No puede ser contrario a la buena fe lo que no es más que una manifestación clara del afán empresarial por la promoción de sus propias prestaciones, que le lleva a establecer la incompatibilidad de una de sus prestaciones (exhibición de películas) con el consumo de productos alimenticios o bebidas de otros establecimientos. Nada hay de desleal en lo anterior, y el cine no tiene que adoptar sus decisiones teniendo en cuenta los posibles beneficios o perjuicios que la existencia de un cine y las decisiones empresariales que éste adopte tienen para los establecimientos adyacentes <sup>12</sup>. El cine puede, sin problemas, decidir que prohíbe el consumo de cualesquiera productos en sus salas o restringir el consumo a los productos que se adquieran en su establecimiento.

No es desleal, porque no es contrario a las exigencias de la buena fe objetiva en la competencia en el mercado el ofrecimiento de servicios o productos accesorios o complementarios a la prestación principal de la sala de cine y la defensa de esas prestaciones limitando la libertad de los consumidores de adquirirlas en el exterior <sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Como el Tribunal Supremo reconoció en un caso análogo que se suscitó (STS de 15 de abril de 1998, *RJ*, 1998\2053). Aunque la Sentencia en cuestión arrancaba de una premisa equivocada al declarar que en la actividad del cine demandado no se daba finalidad concurrencial, ya que «*su cuota de mercado aumentará o disminuirá en razón de que las películas que exhiba tengan o no favor del público cinéfilo, no de la prestación dentro de su local y únicamente a quienes hayan accedido a él mediante el pago de la correspondiente entrada con objeto de presenciar la película, de un servicio accesorio como es el bar, habitualmente existente en los locales de esa clase; carece la actuación de la demanda de "trascendencia externa", ya que no le va a reportar en manera alguna un aumento de espectadores en perjuicio de la clientela de otro potencial competidor*» (FJ 2.º). Sobre este error, ver A. B. PERDICES HUETOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, pp. 481-490, y T. VÁZQUEZ LEPINETTE, «Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal. Comentario a la Sentencia del TS de 15 de abril de 1998», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pp. 303-304.

Con buen criterio, el Tribunal Supremo ha rechazado la pretendida extensión del razonamiento a los bares de los mercados de abastos que pretenden prohibir el consumo en el interior del mercado de los productos adquiridos en los establecimientos sitios en el exterior [ver Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 (*RJ*, 2003\7135) y de 1 de abril de 2003 (*RJ*, 2003\4164)].

<sup>12</sup> PERDICES HUETOS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, *op. cit.*, pp. 493-494 («*No es abusivo que por la vía del derecho de exclusiva inherente a su derecho de propiedad el cine monopolice un consumo que él mismo provoca, dejando a los demás el consumo residual (...) [L]as tiendas se aprovechan legítimamente de la existencia del cine, supuesto que éste se lo permitía, pero no pueden pretender que cuando el cine se lo impida en orden a obtener el máximo rendimiento de su esfuerzo, sea éste quien por ello se comporte deslealmente. El cine no es un bien público de cuyos efectos beneficiosos no puedan o deban ser excluidos los restantes empresarios; por el contrario, es un bien privado perfectamente defendible y obediente a inversiones muy precisas*»).

<sup>13</sup> Opina al contrario J. COSTAS COMESAÑA, «El concepto de acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998, en el caso Monopolio de las palomitas en los cines)», *Actas de Derecho Industrial*, núm. XIX, 1998, pp. 362-363. VÁZQUEZ LEPINETTE considera, en cambio, que se trata de una conducta «conforme con el principio de buena fe en sentido objetivo», y funda su afirmación en que «*entre las facultades inherentes al dominio se encuentra la de exclusión de los terceros ajenos (cfr. art. 388 CC que permite cercar las heredades), facultades que, en el caso concreto de un establecimiento abierto al público, pueden fácilmente recon-*

Desde la perspectiva de estos competidores nos encontramos ante decisiones perfectamente legítimas y legales, fruto de un desarrollo natural de la libertad empresarial, y considerarlas desleales sería injustificado desde la perspectiva constitucional, ya que se estaría infringiendo la libertad de empresa para proteger a determinados empresarios en perjuicio de los competidores<sup>14</sup>. Parece claro que, entre los principios que inspiran nuestro orden concurrencial económico, se encuentra uno que tutela de la innovación empresarial y de la modernización de las prestaciones, y ello en absoluto contradice, sino que complementa, el principio de competencia por méritos o por eficiencia de las prestaciones<sup>15</sup>. Es más, afirmar que la conducta del cine constituye un acto contrario a las exigencias de la buena fe en el mercado constituiría una aplicación desviada del art. 5 LCD, que no respetaría el contenido mínimo de la libertad de empresa reconocida en la Constitución<sup>16</sup>.

Tampoco parece que respecto de los consumidores nos encontremos ante un acto desleal de subordinación de prestaciones (art. 8.3 LCD), ya que la vinculación de prestaciones sólo existe en el caso de aquellos espectadores que opten por consumir alimentos o bebidas en el cine y, por tanto, no se impone a los usuarios la obligación de contratar junto con el componente principal de la prestación del cine (exhibición de películas) otras prestaciones suplementarias, como exige el art. 8.3 LCD para que nos encontremos ante una subordinación de prestaciones que constituya un acto de competencia desleal. En sentido estricto no hay subordinación salvo para aquellos espectadores que consuman alimentos o bebidas mientras se exhibe la película, y en la medida que el consumo de esos productos es voluntario, y la previsión del art. 8.3 LCD es clara y tajante en este sentido, no cabría en modo alguno interpretar este precepto de manera extensiva para cubrir supuestos como al que nos enfrentamos<sup>17</sup>.

Como se verá (*infra* epígrafe 4), tampoco nos encontramos ante una oferta o venta conjunta de las prohibidas por el art. 34 de la Ley 7/1996,

---

*ducirse a la prohibición de introducción de productos concurrentes» (Revista de Derecho Patrimonial, núm. 2, 1999, p. 304).*

<sup>14</sup> La protección de los empresarios de un sector no es un valor que pueda perseguirse por el Estado, ver PAZ-ARES y ALFARO, en *Estudios homenaje a Luis Díez-Picazo*, op. cit., p. 6024.

<sup>15</sup> Sobre el contenido de la exigencia de buena fe objetiva del art.5 LCD, ver, con exhaustivas referencias doctrinales y jurisprudenciales, A. SUÑOL LUCEA, «La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de octubre de 2001», *Aranzadi Civil*, núm. 10, octubre de 2003, pp. 26-29.

<sup>16</sup> Ver J. MASSAGUER FUENTES, «Comentario al art. 5», en *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 150 (§ 20), ahora actualizado en «La cláusula de prohibición de la competencia desleal», en *Competencia Desleal y Defensa de la Competencia*, CDI, núm. XI, 2002: «los operadores económicos que actúan en el mercado deben buscar su éxito a través de la más conveniente configuración objetiva de sus prestaciones, de sus productos o servicios, y a través de la más atractiva combinación de precio, calidad, condiciones de contratación...» (p. 112); subrayando como contenido esencial de la libertad de empresa que ha de ser respetado, la «libertad de determinación de las condiciones de organización y desarrollo de la actividad económica en el mercado» (p. 113).

<sup>17</sup> Ver J. MASSAGUER, «Comentario al art. 8», en *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 285 («No hay subordinación, por tanto, si el consumidor goza de libertad para contratar sólo una de las prestaciones conjuntamente ofrecidas»).



de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), porque no existe en puridad una oferta conjunta por la sala de cine de ambas prestaciones o productos, ya que el consumidor debe dirigirse a las instalaciones ubicadas dentro del propio cine para adquirir las bebidas o comestibles que desee (a parte de que entre las excepciones que del propio art. 34 contempla se halla la de que, como en cierta manera ocurría en este caso, los productos puedan adquirirse por separado y a su precio habitual).

#### D. LA PROHIBICIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO

Aunque no se ha planteado en ninguno de los supuestos que se han discutido ante los órganos jurisdiccionales o, incluso, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, la prohibición de acceder al cine con comestibles y bebidas del exterior pudiera suscitar la duda de tratarse de un abuso de posición dominante por la sala de cine. Es frecuente el argumento de que el cine abusa del "monopolio" que, en cierto modo, posee sobre lo que se haga en sus salas.

Obviamente, todo depende de cómo se defina el mercado o los mercados relevantes, y según la delimitación que se realice podría plantearse que el cine tuviera posición dominante en el mismo y que la prohibición de acceder a las salas con comestibles o bebidas adquiridas en el exterior constituyera una conducta abusiva, prohibida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Por ello, aunque la prestación de las salas de cine tiene como principal mercado de producto el de la exhibición de películas<sup>18</sup>, el mercado del producto afectado por la condición que imponen los cines es el de la venta de comestibles y bebidas consumibles en las salas de cine. Naturalmente, esta delimitación resulta demasiado "estrecha", pues no parece que revista la suficiente entidad como para constituir un mercado autónomo. Tanto la demanda como la oferta de esos productos está íntimamente relacionada con la demanda y la oferta de la prestación principal por parte del cine, y por ello cabe pensar que la delimitación del mercado será idéntica a la realizada respecto de la prestación esencial de exhibición de películas. El mercado de producto es el de la exhibición de películas, se permita o no el consumo de productos adquiridos en el exterior, esos consumibles serían complementarios de la prestación principal del cine, pero no revisten la entidad suficiente o autónoma desde el punto de vista de las condiciones de competencia como para que la exhibición de películas permitiéndose el consumo de productos adquiridos en el exterior deje de

<sup>18</sup> A sabiendas de la dificultad que entraña la delimitación de mercados en el sector del ocio, dado el carácter no funcional de los productos que se ofertan, la mayor capacidad del consumidor de prescindir de su consumo/adquisición y la dificultad de objetivizar las preferencias de los consumidores en este sector, ver J. L. SEAL, «Market Definition in Antitrust Litigation in the Sports and Entertainment Industries», *Antitrust LJ*, 1993, pp. 740-741.

considerarse sustitutiva de la exhibición de películas sin que se permita el consumo de productos adquiridos en el exterior. La sustituibilidad de los bienes o de los servicios ha de considerarse no sólo por sus características o por el precio, sino también por el uso al que —siguiendo las preferencias de los consumidores— se destinan<sup>19</sup>. En principio, cabe pensar que los usuarios no acuden al cine porque prohíba o no el acceso con comestibles o bebidas del exterior. Están interesados principalmente en la película. El que existan cines que permitan acceder con alimentos o bebidas del exterior podrá en algún caso resultar más atractivo para los consumidores, y puede que a iguales condiciones de sala, semejante ubicación, idéntica oferta de películas y precios iguales, el usuario opte por el cine que permita el consumo de bebidas y alimentos adquiridos en el exterior frente al que no lo hace. Pero, incluso si se impusiera la tendencia de los cines de prohibir el acceso con productos comestibles y bebidas del exterior, seguirá normalmente existiendo competencia entre las salas de cine, pues aunque esa práctica se generalice como una condición fija en la utilización de las salas de cine (como lo es el de que en las salas de cine se exhiban películas y generalmente los espectadores las vean sentados), existen otras condiciones en las que las salas compiten y los usuarios deciden.

Desde la perspectiva territorial, estos mercados tienen dimensión local<sup>20</sup>, ya que la movilidad del consumidor que demanda este tipo de servicios tiende a ser limitada y el elemento geográfico le condiciona de manera relevante, limitando en función de esta circunstancia las posibilidades reales de adquisición.

Con esa caracterización del mercado difícilmente nos encontraríamos con que una sala de cine tiene una posición dominante en el mercado que pudiera haber ejercitado de manera abusiva. Además, fuera de la dificultad de encontrar que una sala de cine tenga posición dominante, difícilmente puede considerarse que la ampliación de prestaciones con la consiguiente exclusión de la compatibilidad de las prestaciones de competidores constituya una conducta abusiva. Se trata de un comportamiento con relevancia en el mercado, perfectamente normal y coherente con la estrategia empresarial del cine como establecimiento que proporciona servicios de entretenimiento y tiempo libre a los usuarios.

Por otra parte, la posibilidad de subida de los precios de las entradas y de los comestibles y bebidas que se ofertan en el interior no es ilimitada, siempre existirá la posibilidad de que accedan al mercado nuevos com-

<sup>19</sup> Ver § 41 de la *Comunicación de la Comisión CE relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOCE, núm. C 372, de 9 de diciembre de 1997, p. 5)*.

<sup>20</sup> Ver «Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», *Indagine conoscitiva sul settore del cinema*, 1994, § 31 (un municipio para las ciudades de dimensión significativa o varios contiguos hasta que se alcance una población aproximada de 200.000 habitantes, aunque teniendo en cuenta su dimensión y sus características geográficas).

petidores, que ofrezcan precios más bajos o, como ha ocurrido en la práctica <sup>21</sup>, prestaciones alternativas.

### 3. LA RESERVA DE DERECHO DE ADMISIÓN AL CINE

Tradicionalmente los cines han amparado la prohibición de acceder a las salas con alimentos o bebidas adquiridos en el exterior en la reserva de derecho de admisión prevista en la regulación de policía de los espectáculos y actividades deportivas. Como es sabido, el Real Decreto 2816/1982, de 27 de julio de 1982, que aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Deportivas, establecía la reserva del derecho de admisión al cumplimiento de los requisitos que determinase la empresa mediante carteles bien visibles colocados en los lugares de acceso [art. 59.1.e)]. La reserva del derecho de admisión se configura como una garantía del buen orden, la higiene, el respeto mutuo y la convivencia social durante estas actividades multitudinarias, y pretende evitar los daños y las actividades molestas o peligrosas (art. 59.2). La naturaleza excepcional de esta facultad del empresario es clara: sólo razones de peligrosidad o riesgo de desorden justifican el ejercicio de esta reserva, que en ningún caso ha de servir para discriminar a unos usuarios frente a otros.

En la actualidad, la regulación de la policía de espectáculos y actividades deportivas y del derecho de admisión es competencia autonómica, y las leyes autonómicas se extienden en la normación de las circunstancias que han de presidir su ejercicio. Las normas son unánimes en identificar las razones de seguridad, higiene y orden público como criterios que han de inspirar la reserva del derecho de admisión. Así, por ejemplo, en el art. 24.2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, se establece —sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre disciplina de mercado y defensa del consumidor y del usuario— que: *«Los titulares de establecimientos y organizadores de espectáculos o actividades recreativas o personas en quienes deleguen podrán ejercer el derecho de admisión. Este derecho no podrá utilizarse para restringir el acceso de manera arbitraria o discriminatoria, ni situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo. El derecho de admisión deberá tener por finalidad impedir el acceso de personas que se comporten de manera violenta, que puedan producir molestias al público o usuarios o puedan alterar el normal desarrollo del espectáculo o actividad. Las condiciones para el ejer-*

<sup>21</sup> En algunos países existen salas de cine que se caracterizan por no vender comestibles o bebidas y se anuncian con el eslogan *«No rip-off pop corn! Bring your own, if you really want to but please don't make a mess at your seat»*.

*cicio del derecho de admisión deberán constar en lugar visible a la entrada de los locales, establecimientos y recintos»*<sup>22</sup>.

A la vista de la normativa autonómica, y ya del RD 2816/1982, difícilmente se puede justificar en razones de orden público, de convivencia o de molestias a los usuarios la prohibición de los cines de que los usuarios accedan a la sala con comestibles y bebidas adquiridas en el exterior, sobre todo cuando los idénticos productos se ofrecen en el interior. Es un error que los cines fundamenten la prohibición de acceso con productos del exterior en la reserva de derecho de admisión<sup>23</sup>, como ya se ha apuntado, la prohibición constituye un elemento más en la configuración de la prestación y actividad empresarial por las salas de cine.

No obstante, algunas normas autonómicas han ido más lejos en su regulación de la reserva de admisión, introduciendo previsiones expresas y explícitas respecto del acceso de los espectadores al cine con comestibles y bebidas del exterior. En efecto, el art. 29.4 de la Ley del Principado de Asturias 8/2002, de 21 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, reconoce el derecho del espectador a elegir libremente los productos que desee y donde quiera (*«En los espectáculos públicos contenidos en el apartado A) de la Disposición Transitoria Tercera de esta Ley*<sup>24</sup> *se garantizará a los consumidores y usuarios el derecho a elegir los productos que deseen consumir y dónde adquirirlos, siempre y cuando durante el espectáculo se permita el consumo de los mismos»*). La norma asturiana supone una intromisión injustificada en la libertad de empresa que las salas de cine tienen reconocida constitucionalmente, que les permite configurar y organizar con libertad las prestaciones que ofrecen en el mercado.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, la normativa andaluza exige que las condiciones objetivas de admisión sean aprobadas expresamente por los órganos de la Administración competentes para otorgar las preceptivas autorizaciones o licencias, que *«en ningún caso podrán ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Española, supone un trato discriminatorio o arbitrario para los usuarios o colocarlos en situaciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo con otros asistentes o espectadores»* (art. 7.2 de la Ley andaluza 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía). El art. 16.4 de Ley del Parlamento de Cataluña 10/1990, de 15 de junio de 1990, encarga al Gobierno de la Generalidad regular las condiciones objetivas en que se pueda ejercer el derecho de admisión (*«que deberán ser publicadas y conocidas para que el derecho de acceso a los locales y establecimientos de pública concurrencia sometidos a la presente Ley no pueda ser negado de manera arbitraria o improcedente. Dicha reglamentación deberá tener, también, como objetivo, impedir el acceso a personas que manifiesten actitudes violentas, que puedan producir peligro o molestias a otros espectadores o usuarios, o bien que dificulten el desarrollo normal de un espectáculo o actividad recreativa»*).

<sup>23</sup> Ver PERDICES HUETOS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, op. cit., pp. 494-495; consulta núm. 53, COMISIÓN DE COOPERACIÓN DE CONSUMO, *Consultas 1998*, p. 89 (*«La posibilidad de establecer ciertos requisitos o condiciones en el ejercicio del derecho de admisión no supone, en modo alguno, que pueda imponerse cualquier tipo de limitación que impida a los consumidores hacer efectivo el derecho a que anteriormente nos referíamos»*). En términos parecidos, consulta núm. 5, COMISIÓN DE COOPERACIÓN DE CONSUMO, *Consultas 2000*, p. 11 (*«estos requisitos no pueden suponer imposición de cualquier tipo de limitación injustificada al consumidor, sino que han de estar basados en circunstancias objetivas de higiene, daños, etc.»*).

<sup>24</sup> Disposición Transitoria Tercera, A), de la Ley 8/2002, de 21 de octubre (*«Espectáculos públicos: cine y autocine»*).

Sin embargo, otras normas autonómicas parecen establecer precisamente una regla opuesta a la asturiana al fijar las condiciones específicas de admisión a los locales de ocio y esparcimiento, permitiendo que entre ellas se encuentren: «c) *Las que impidan el acceso de personas que porten comidas o bebidas para ser consumidas en el interior de establecimientos de hostelería y esparcimiento*»<sup>25</sup>. O, incluso, aquellas que obligan al consumo de los bienes o servicios del propio establecimiento al que se accede como condición para la utilización de las instalaciones: «g) *Las establecidas por los titulares de los establecimientos de hostelería y esparcimiento, que exijan la consumición de los bienes o servicios prestados por el propio establecimiento para utilizar sus instalaciones o elementos del mobiliario*». Es discutible si los cines se encuentran entre los «establecimientos de esparcimiento» a los que alude el decreto andaluz, parece razonable entender que así sea, y la idea fundamental que los equipara a los «establecimientos de hostelería» es la de que son establecimientos que contemplan la venta de comestibles y bebidas como una de sus principales prestaciones empresariales, por la que obtienen la mayoría de sus ingresos y beneficios<sup>26</sup>. Naturalmente, en este caso se trata de una regulación perfectamente coherente y respetuosa con la libertad de empresa.

#### 4. ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA: LA PROHIBICIÓN DE VENTAS CONJUNTAS

Aunque la exhibición de películas no constituye una actividad de comercio minorista regulada por la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), sí lo es —en cambio— la venta de productos comestibles y de bebidas a los espectadores<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Art. 7.2 del Decreto de la Consejería de la Gobernación de Andalucía de 28 de enero de 2003.

<sup>26</sup> No obstante, el Anexo I (Nomenclátor de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía) del Decreto de la Consejería de Gobernación 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, define a los establecimientos de esparcimiento (§ III.2.9) como «*aquellos establecimientos públicos fijos cerrados que, debidamente autorizados por los Municipios, se destinan con carácter permanente o de temporada a ofrecer al público asistente situaciones de ocio, diversión o esparcimiento mediante la consumición de bebidas y músicaailable en espacios del establecimiento específicamente acotados para ello, a través de la reproducción sonora de grabaciones musicales o, en su caso, mediante actuaciones en directo de músicos y cantantes*». En principio, aparentemente los cines no se encuentran entre ellos, ya que figuran en un epígrafe específico entre los establecimientos públicos (§ III.1.1.) como «*aquellos establecimientos públicos, cerrados o al aire libre que, debidamente autorizados por los Municipios, se destinan con carácter permanente, de temporada u ocasional a la celebración de espectáculos cinematográficos en establecimientos fijos o eventuales y en locales independientes o agrupados con otros de distinta actividad económica*».

<sup>27</sup> Ver art. 1.2 LOCM. Los servicios están excluidos del ámbito de la aplicación de la Ley [ver E. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 1. Objeto», en J. L. PIÑAR MAÑAS y E. BELTRÁN SÁNCHEZ (coords.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Civitas-usp, 1997, p. 30, y, más ampliamente, J. MASSAGUER FUENTES, «Comentario al art. 1. Objeto», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 12], aunque algún artículo

El que el cine impida el acceso a la sala de los usuarios de productos alimenticios y bebidas adquiridos en el exterior *fuera* a quienes deseen consumirlos durante la exhibición de la película a adquirirlos en las propias instalaciones del cine. De alguna manera, y aunque remotamente, podría verse aquí una oferta conjunta, ya que se estaría impulsando al usuario a adquirir conjuntamente la entrada al cine y los alimentos y bebidas que quiera consumir durante la película. Sería de una suerte de subordinación de prestaciones que disminuiría la libertad de decisión del consumidor, y que se prohíbe también en sede de condiciones generales de contratación<sup>28</sup>.

Como es sabido, el art. 34 LOCM establece, en términos demasiado tajantes y con una técnica desafortunada, la prohibición general de «*ofrecer conjuntamente y como una unidad de contratación dos o más clases de unidades de artículos*», que limita gravemente la libertad de configuración de sus prestaciones por el empresario<sup>29</sup>. El propósito de la prohibición es proteger la libertad de decisión del consumidor y evitar los abusos y engaños por parte del empresario, que podría forzar a los consumidores a adquirir productos en los que no están interesados, pero que han de adquirir conjuntamente con aquellos que verdaderamente desean<sup>30</sup>.

Sin embargo, hay que subrayar que la oferta del cine de la prestación principal (exhibición de películas) y de la prestación complementaria (bebidas y comestibles) no se articulan como una oferta conjunta. Formalmente son ofertas de prestaciones distintas<sup>31</sup>. Incluso si se considerara

---

de la LOCM aluda después indistintamente a ambos (ver arts. 32, 33, 62 y Disposición Adicional Primera) y las necesidades de regulación y protección del consumidor, que inspiran gran parte de la LOCM, sean igualmente necesarias respecto de la adquisición de servicios por los consumidores. La exclusión de los servicios resulta problemática cuando, como en este caso, lleva aparejada la oferta de artículos, y no es claro si entran o no dentro del ámbito de aplicación de la LOCM [ver P. ESCRIBANO COLLADO, «Comentario art. 1. Objeto», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. LEGUINA VILLA (coords.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 40-41].

<sup>28</sup> Ver J. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al art. 34», en ARIMANY-MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), *Ordenación del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 260 [quien subraya su vinculación con el art. 8.3 LCD y el art. 1.e) LDC].

<sup>29</sup> Ver J. MASSAGUER, «Comentario al art. 34. Prohibición de ofertas conjuntas», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, op. cit., pp. 432 y 434; P. PORTELLANO Díez, «Art. 34. Prohibición de ofertas conjuntas», en J. L. PIÑAR y E. BELTRÁN (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, pp. 266-270. Sobre la «incongruencia» y «presentación engañosa» del precepto, ya que «[l]a vinculación de prestaciones es, pues, en Derecho español sustancialmente lícita», ver Á. CARRASCO PERERA y O. ÁLVAREZ MENÉNDEZ, «Comentario al art. 34. Prohibición de ofertas conjuntas», en R. BERCOVITZ y J. LEGUINA (coords.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, pp. 568-569.

<sup>30</sup> «Lo que se prohíbe es la obligada adquisición de un bien como condición para la adquisición de otro» [CARRASCO PERERA y ÁLVAREZ MENÉNDEZ, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, op. cit., p. 568].

<sup>31</sup> Ver CARRASCO PERERA y ÁLVAREZ MENÉNDEZ, en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, op. cit., p. 571 (quienes además excluyen la aplicación de la norma a los

que existe una oferta conjunta (porque el cine decidiera ofrecer, además, entradas que incluyeran el derecho a una consumición), el cine ofrece también la posibilidad de adquirir las prestaciones por separado y, por ello, se encuadraría perfectamente en la excepción prevista en el art. 34.1.c) <sup>32</sup>. En efecto, los usuarios pueden contratar sólo la prestación de cine, sin tener que contratar la prestación complementaria, que tienen a su disposición en cualquier establecimiento vecino. Incluso, aunque es difícilmente imaginable que existan usuarios interesados en adquirir la prestación complementaria pero no la principal, muchas salas permiten esta posibilidad.

## 5. LA IMPOSICIÓN A LOS CONSUMIDORES DE LIMITACIONES Y CONDICIONES CONTRACTUALES ABUSIVAS

Se plantea, por último, la posible ilicitud de la prohibición de acceder al cine con comestibles y bebidas adquiridas en el exterior de acuerdo con la legislación sobre protección de consumidores <sup>33</sup>.

El usuario de la empresa titular de la sala de cine celebra un contrato con ésta por cuya virtud el cine permite el acceso del usuario a la sala y le proporciona un asiento en ciertas condiciones, siendo la principal el derecho a permanecer en la sala durante la exhibición de la película. Entre las condiciones de acceso a la sala, que no son objeto de negociación, como no lo es ninguna del resto de las que comprende el contrato (*i. e.*, se trata de un contrato sometido a condiciones generales o con cláusulas predispuestas), se encuentra la de que el usuario no pueda acceder a la sala con comestibles o bebidas adquiridas en el exterior, estando limitado el consumo a aquellos productos que se adquirieran en las tiendas que existen dentro del cine.

Obsérvese que el cine no impone a los espectadores la obligación de adquirir comestibles o bebidas en sus salas, sino que se limita a facilitar y ofrecerles esta posibilidad, con lo que en rigor no existe obligación

---

supuestos de ofertas conjuntas de bienes y servicios). Coincide también en esto último MASSAGUER, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, *op. cit.*, p. 433.

<sup>32</sup> PORTELLANO DÍEZ, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, *op. cit.*, p. 269 («no es necesario imponer —y no lo hace el art. 34.1 LOM— al comerciante que quiere realizar una oferta conjunta la obligación de ofrecer simultánea e independientemente ambos artículos. Basta con que al consumidor no le sea nada difícil encontrar establecimientos donde por separado se vendan ambos»). Sin embargo, para CARRASCO PERERA y ÁLVAREZ MENÉNDEZ, «[e]s el mismo establecimiento el que debe ofrecer al cliente esta posibilidad» (*Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, *op. cit.*, p. 574).

<sup>33</sup> Este es el planteamiento más extendido y popular, sin perjuicio de que las normas de ordenación de la competencia en el mercado sean más adecuadas para resolver el eventual problema de abuso de la situación de inferioridad del consumidor por parte del cine y el desequilibrio en el poder de mercado (que tampoco existen en este caso), debiendo reservarse las normas de protección de los consumidores para afrontar los problemas de imperfecciones y asimetrías de información en la contratación (ver F. GÓMEZ POMAR, «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», *Indret* 1/2003, *wp*, núm. 113, pp. 8-21).

o imposición alguna. Lo único que el cine hace es reservarse la exclusiva de la prestación complementaria de comestibles o bebidas para que los espectadores los consuman durante la película, no permitiendo el acceso a la sala de aquellos productos alimenticios o bebidas adquiridas en establecimientos ajenos. Es indudable que ello supone cierta limitación en las facultades de elección del consumidor en torno a la compatibilidad de la prestación del cine con otras ajenas a él, pero los espectadores son libres de consumir bebidas o productos alimenticios o no en la sala de cine. En efecto, lo único que ocurre es que se impone la limitación de quienes quieran consumirlos de adquirirlos en el propio cine, sin poder comprarlos en el exterior<sup>34</sup>.

Se suscita la duda sobre el posible carácter abusivo de esta cláusula contractual, en la medida en que pudiera incluirse en alguna de las contempladas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o porque simplemente constituya una estipulación que *«en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»* (art. 10 bis.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio). En concreto, se ha planteado que dicha cláusula sea abusiva por incurrir en la previsión contenida en la Disposición Adicional Tercera, V.23 (*«La imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados»*)<sup>35</sup>. Además, en su caso, esta situación podría ser objeto de análisis y sanción por las autoridades administrativas en la medida en que fuera considerada un supuesto de limitación abusiva de la posición de inferioridad del consumidor [art. 23.e).4.º y 6.º LGDCU]<sup>36</sup>.

La Disposición Adicional Primera, V.23, declara la abusividad y, por ende, la ilicitud, en los contratos sometidos a condiciones generales que se celebren con los consumidores, de todas las vinculaciones contractuales impuestas al consumidor sin que éste las solicite. Esta prescripción es criticable, ya que, aunque tiene el propósito de tutelar la libertad de decisión del consumidor, su establecimiento con carácter general atenta contra la libertad contractual y contra la libertad comercial y de empresa<sup>37</sup>,

<sup>34</sup> *«[S]e limita el derecho del consumidor a la adquisición de productos de un establecimiento determinado y al precio estipulado en el mismo, si desean disfrutar de tales productos»*, consulta núm. 5, COMISIÓN DE COOPERACIÓN DE CONSUMO, *Consultas 2000*, p. 12. lo cual le lleva a concluir lacónicamente, mencionando la Disposición Adicional Primera, V.23, que *«las cláusulas en las que se impone al consumidor limitaciones en orden a la adquisición de los productos sin fundarse en circunstancias objetivas debe ser considerada abusiva»*.

<sup>35</sup> Antes de la reforma de la LGDCU en 1998 existía una previsión análoga en el art. 10.1.c).12.ª, que consideraba abusiva *«la obligada adquisición de bienes o mercancías complementarios o accesorios no solicitados»*.

<sup>36</sup> Existe evidencia de sanciones de algunas autoridades autonómicas de consumo a los cines que prohíben el acceso a sus salas a quienes porten alimentos o bebidas adquiridas en el exterior; así, por ejemplo, la Dirección General de Consumo de Murcia multó en 2003 a los Cines Atalayas (gestionados por CINESA) con 12.000 euros.

<sup>37</sup> Ver enmienda núm. 109 del Grupo Parlamentario catalán de supresión de la cláusula 23.ª de la Disposición Adicional Primera, V (BOCG, CD, VI Leg., serie A, núm. 78-6, de 23 de octubre



limitando injustificadamente las facultades del empresario en la configuración de sus prestaciones, bien sea formando paquetes de distintas prestaciones (*bundling*) o vinculando distintas prestaciones (*tying*). No parece que, en todo caso, la combinación o la vinculación contractual de prestaciones por el empresario sea contraria a la buena fe entendida como «conformidad de la condición general con el reparto de riesgos recogido en el Derecho dispositivo o, a falta de éste, con el que resulta de una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes»<sup>38</sup>. Siempre que haya la debida información y advertencia, tampoco parece que haya inducción a error o coacción al consumidor<sup>39</sup>, fuera de la “coacción” que siempre supone la necesaria aceptación de las condiciones en las que el empresario desarrolla su prestación en el mercado.

Si hay razones de peso para justificar la vinculación contractual de prestaciones, evitando el carácter absoluto de la declaración de abusividad e ilicitud que se contiene en la Disposición Adicional Primera, V.23, más razones hay aun para defender la inaplicación al cine de esta norma legal, pudiendo afirmarse la licitud y la falta de abuso de la estipulación contractual que contiene la prohibición de consumir en las salas de cine alimentos o bebidas adquiridos en el exterior. En efecto, no hay en este supuesto imposición contractual de prestaciones vinculadas, ni forzamiento alguno al consumidor a la adquisición de comestibles o bebidas en el interior de la sala, y tan sólo —en su caso— limitación de la posibilidad de consumir en la sala los que se adquirieran en establecimientos exteriores<sup>40</sup>.

Finalmente, tampoco parece que esa limitación provoque, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de los dere-

de 1997, p. 49), y G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Comentario a la Disposición Adicional Primera, Seis.1.ª, V.23 y 24», en R. BERCOVITZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, Aranzadi, 1999, p. 1213 (§ 25).

<sup>38</sup> M. TRONCOSO REIGADA, «Comentario a la Disposición Adicional Primera, V.23», en A. MENÉNDEZ y L. DIEZ-PICAZO (dirs.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas 2002, p. 1326.

<sup>39</sup> Opina lo contrario, precisamente respecto de este supuesto, BERCOVITZ ÁLVAREZ [*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, op. cit., p. 1246 (§ 120)], para quien existe una posición de fuerza y una posición coactiva del cine que limita las ofertas alternativas a disposición de los consumidores.

<sup>40</sup> No obstante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 2 de octubre de 2001 (JUR 2002\14078) declaró expresamente (FJ 6.º): «*tampoco resulta irrazonable entender que la limitación de la capacidad de elección del consumidor en relación con productos o servicios accesorios no solicitados derivada de la cláusula citada que se impone unilateralmente —sin negociación individual— a todos los consumidores que accedan a la sala de cine caiga de lleno en la enunciación como cláusula abusiva de la Disposición Adicional Primera, 23.ª, de la Ley 26/1984, relativa a la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados, ya que si se limita la posibilidad de acceder a dicha sala en función de la procedencia de los productos y sólo se pueden consumir los adquiridos en su interior resulta que de manera indirecta pero inequívoca se está imponiendo al consumidor que desee comer o beber, actividad permitida en la sala, el que lo sea respecto de servicios complementarios que en principio no ha solicitado pero que se ve forzado a solicitar a la propia empresa, causando ello un importante perjuicio que afecta también a las reglas de la buena fe y libre competencia*».

chos y obligaciones en el contrato que sea contrario a las exigencias de la buena fe.

Como se ha argumentado en los apartados precedentes, no es contrario a las exigencias de la buena fe que las salas de cine configuren libremente sus prestaciones, ampliándolas más allá de la mera exhibición de la película, y ofreciendo a los espectadores la posibilidad de adquirir alimentos o bebidas para el consumo durante la proyección. Tampoco lo es que, para proteger esa ampliación de su ámbito de actividad empresarial, prohíban el acceso a la sala con comidas o bebidas adquiridas en el exterior, el único sentido de tal prohibición es salvaguardar y proteger su propia prestación.

Es más que dudoso que, de otro lado, la prohibición en cuestión suponga un desequilibrio *importante* de los derechos y obligaciones contractuales de las partes que perjudique al consumidor. Evidentemente, el consumidor experimenta una limitación en su capacidad de elección de proveedores alternativos de comestibles o bebidas: en la sala de cine sólo podrá consumir los que haya adquirido en el propio cine. Sin embargo, nadie le obliga a consumir, y el perjuicio será, en cualquier caso, menor. Difícilmente puede sostenerse que la prohibición en cuestión introduce un desequilibrio importante e injustificado de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato<sup>41</sup>. Sólo se vería afectado un derecho del consumidor (que —además— está ya condicionado a lo que sobre el particular establezca la sala de cine), el derecho a consumir en la sala alimentos o bebidas adquiridos fuera del cine<sup>42</sup>. El cine puede prohibir el acceso y el consumo en la sala de todo tipo de comidas y bebidas. También puede permitir que sólo se consuman los que el propio cine vende en su establecimiento<sup>43</sup>. El desequilibrio sería, en cualquier

<sup>41</sup> Sobre el significado de la exigencia legal de equilibrio de derechos y obligaciones y la buena fe como medida del desequilibrio, ver J. M.<sup>a</sup> MIQUEL, «Comentario a la Disposición Adicional Primera, Tres», en A. MENÉNDEZ y L. DIEZ-PICAZO (dirs.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, pp. 934-946.

<sup>42</sup> En palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>) de 2 de octubre de 2001 (JUR 2002\14078), FJ 6.º: «No es que se imponga a todos los consumidores la adquisición de los productos o bienes referentes a comidas o bebidas en el interior del local, pero es evidente que se restringe arbitrariamente su libre capacidad de elección en el caso de que deseen acceder a este tipo de bienes o servicios, únicamente respecto a aquellos que se expenden en el interior del local y se limita su decisión de acceder al servicio principal que se presta relativo a la exhibición de películas en función de prestaciones accesorias no solicitadas previamente». Nadie puede negar que alguna suerte de restricción existe, pero no es cierto que sea arbitraria, ya que está plenamente justificada por la configuración de la prestación empresarial del cine. Sería tan arbitraria como la de aquel cine que optara por aquel modelo de negocio en el que se prohíbe comer o beber en las salas.

<sup>43</sup> O incluso los que se venden en un establecimiento próximo (como PICK&MIX en el caso que se comenta) que también sea de la propiedad del cine. Con independencia de que sea un local independiente, si el cine es capaz de establecer un procedimiento de control y *enforcement* que permita autorizar el acceso a la sala sólo de los usuarios con productos adquiridos en PICK&MIX está en su derecho de hacerlo y la justificación es clara en la medida que también aquél es de su propiedad y puede emplearlo como un recurso más en su configuración de la prestación empresarial (en este punto concreto, resuelto en el FJ 8.º, la sentencia comentada se equivoca).

caso, menor (poco importante) y también justificado. En efecto, se trata de una prohibición plenamente justificada en la defensa por el cine de sus propias prestaciones y de la ampliación de su oferta de productos y servicios a los consumidores. El modelo de empresa dedicada a la exhibición de películas en salas ha cambiado considerablemente en los últimos treinta años. Las fuerzas que configuran la demanda y la oferta de estos servicios en el mercado han experimentado una importante mutación que ha obligado a cambiar las estrategias tradicionales de las empresas, aumentando las fuentes alternativas de ingresos. Actualmente, el consumo de alimentos y bebidas por los espectadores en las salas constituye la principal fuente de ingresos y de beneficios de las salas. Tiene justificación que los cines —como hacen otros establecimientos de hostelería y esparcimiento— prohíban el consumo de alimentos y bebidas adquiridos en otros establecimientos. Se trata de una condición contractual perfectamente lógica de acuerdo con su modelo y estrategia empresarial y coherente con la libertad de empresa. Es, además, respetuosa con los derechos de los espectadores, a los que no fuerza a consumir ningún producto adicional.

## 6. CONCLUSIONES

La prohibición que las salas de cine establecen de acceder a ellas con alimentos o bebidas adquiridos fuera del cine tiene una justificación económica y una legitimidad jurídica innegable. Esta condición se fundamenta en la facultad del empresario de configurar y organizar la libertad de empresa que la Constitución española reconoce. La evolución del sector de las salas de cine en los últimos años explica el cambio en el modelo y las estrategias de negocio de las empresas dedicadas a esta actividad, que se han visto obligadas a modificar y ampliar sus prestaciones en el mercado para satisfacer los deseos de los usuarios y mantener su rentabilidad. La venta de palomitas, otros alimentos y bebidas es ahora tan importante para los cines como la exhibición de películas; prohibir el consumo de productos adquiridos fuera de la sala es lógico y perfectamente coherente con la libertad de empresa y es, además, respetuoso con los derechos de los consumidores, a los que en ningún caso se fuerza a adquirir productos o prestaciones accesorias. Como se ha intentado demostrar, la prohibición supera el análisis de licitud de acuerdo con la LCD, LDC, LOCM y LGDCU, a pesar de que los algunas decisiones judiciales y administrativas en aplicación de la legislación de protección del consumidor consideren que se trata de una cláusula abusiva de la contratación.

## BIBLIOGRAFÍA

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sul settore del cinema*, 1994.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Comentario al art. 1. Objeto», en J. L. PIÑAR MAÑAS y E. BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Civitas-USP, 1997, pp. 25-30.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Comentario a la Disposición Adicional Primera, Seis.1.ª, V.23 y 24», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, Aranzadi, 1999, pp. 1205-1248.
- CARRASCO PERERA, Á., y ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O., «Comentario al art. 34. Prohibición de ofertas conjuntas», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. LEGUINA VILLA (coords.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 565-578.
- COSTAS COMESAÑA, J., «El concepto de acto de competencia desleal (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998, en el caso Monopolio de las palomitas en los cines)», *Actas de Derecho Industrial*, núm. XIX, 1998, p. 360.
- ESCRIBANO COLLADO, P., «Comentario al art. 1. Objeto», en R. BERCOVITZ y J. LEGUINA (coords.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Civitas-USP, 1997, pp. 37-42.
- GÓMEZ POMAR, F., «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», *Indret*, 1/2003, *wp*, núm. 113.
- LACEY, N., *Key concepts in Media Studies*, Hampshire, Palgrave-MacMillan, Houndmills, Basingstoke, 2002.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al art. 34», en ARIMANY-MANUBENS & ASOCIADOS (coords.), *Ordenación del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996*, Barcelona, Praxis, 1996, pp. 259-263.
- MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999.
- «Comentario al art. 1. Objeto», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 3-30.
- «Comentario al art. 34. Prohibición de ofertas conjuntas», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 431-438.
- «La cláusula de prohibición de la competencia desleal», en *Competencia Desleal y Defensa de la Competencia*, CDI, núm. XI, 2002, pp. 95-142.
- MIQUEL, J. M.ª, «Comentario a la Disposición Adicional Primera.Tres», en A. MENÉNDEZ y L. DíEZ-PICAZO (dirs.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 893-964.
- PAZ-ARES, C., y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios homenaje a Luis Díez-Picazo*, t. IV, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 5971-6040.
- PERDICES HUETOS, A. B., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, pp. 477-496.
- PORTELLANO DíEZ, P., «Art. 34. Prohibición de ofertas conjuntas», en J. L. PIÑAR y E. BELTRÁN (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, pp. 266-270.
- ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Á., «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista del Derecho Mercantil*, núms. 169-170, 1983, pp. 389-441, publicado también bajo el título «Attività economica pubblica e attività economica privata nella Costituzione spagnola», *Rivista della società*, 1983, pp. 1531-1557.

- SEAL, J. L., «Market Definition in Antitrust Litigation in the Sports and Entertainment Industries», *Antitrust LJ*, 1993, pp. 737-764.
- SUÑOL LUCEA, A., «La aplicación de la cláusula general prohibitiva de actos de competencia desleal a los actos de obstaculización. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de octubre de 2001», *Aranzadi Civil*, núm. 10, octubre de 2003, pp. 15-37.
- TRONCOSO REIGADA, M., «Comentario a la Disposición Adicional Primera, V.23», en A. MENÉNDEZ y L. DíEZ-PICAZO (dirs.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 1321-1329.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., «Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal. Comentario a la Sentencia del TS de 15 de abril de 1998», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pp. 301-304.

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 8 de enero de 2003.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>) de 2 de octubre de 2001 (JUR 2002\14078).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998 (RJ, 1998\2053).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 (RJ, 2003\7135).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 (RJ, 2003\4164).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.<sup>a</sup>) de 9 de mayo de 1997.

## RESOLUCIONES Y CONSULTAS ADMINISTRATIVAS

- Resolución del TDC de 5 de febrero de 1999 (R. 317/98, Salas de Cine).
- Comisión de Cooperación de Consumo, Consulta núm. 5, 2000.
- Comisión de Cooperación de Consumo, Consulta núm. 53, 1998.



SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA,  
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y CONSEJO  
DE MINISTROS

TERCERA PARTE

RESOLUCIONES  
Y SENTENCIAS DICTADAS





## SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y CONSEJO DE MINISTROS

### 1. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

#### A. ENTRADA DE EXPEDIENTES

En el año 2003 se confirma, por sexto año consecutivo, el descenso en el número de entradas 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 un tercio en el año 2003, habiéndose contabilizado únicamente 69 entradas, lo que significa volver a las magnitudes de inicios de los años noventa.

Las denuncias han pasado a ser el único instrumento para el inicio de expedientes sancionadores en el SDC. No se ha confirmado así la leve recuperación del número de expedientes iniciados de oficio que se produjo entre el año 2001 y el año 2002. Finalmente, cabe destacar que la disminución del número de expedientes de autorización que han entrado en el año 2003 es muy similar a la disminución de las entradas de expedientes sancionadores.

No están contabilizados en estas cifras los expedientes que el SDC ha remitido a las Comunidades Autónomas en aplicación 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. Concretamente, en el año 2003, el SDC remitió 6 expedientes a la Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Catalunya.

A continuación, se muestra la evolución de la entrada de expedientes en el SDC con indicación del año, saldo inicial, origen del nuevo expediente (denuncia, de oficio o autorizaciones) y total de nuevos expedientes que han entrado en el SDC:

Año	Saldo inicial	Denuncia	De oficio	Autorizaciones	Total
1997	268	100	100	68	268
1998	100	100	100	0	200
1999	100	100	100	0	200
2000	100	100	100	0	200
2001	100	100	100	0	200
2002	100	100	100	0	200
2003	100	100	100	0	200

*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
2003	113	53	0	16	69

En el cuadro que sigue se puede apreciar respecto a los últimos nueve 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
2003	76,8	0,0	23,2

## B. SALIDA DE EXPEDIENTES

El número de expedientes que ha concluido el SDC en el año 2003 se ha recuperado sensiblemente para casi igualarse a la estadística del año 2001 (119 salidas), después del descenso del año 2002 (102 salidas). Este aumento se debe en gran medida al importante incremento del número de acuerdos de archivo, que pasan de 39 en el año 2002 a 61 en el año 2003. En todo caso, estamos todavía muy lejos de los más de 200 expedientes concluidos anualmente en la década anterior (*infra* cuadro 1c). Ahora bien, hay que considerar que esta evolución es paralela a la observada en relación con las entradas de expedientes.

A continuación se muestra la evolución de la salida de expedientes con indicación del año; contenido de la resolución del SDC en función de si es de archivo (AR.), acumulación (AC.), sobreseimiento (SOB.) o enviados al TDC (TDC), y el total.

*Cuadro 1c: Salidas de expedientes (valores absolutos)*

<i>Año</i>	<i>AR.</i>	<i>AC.</i>	<i>SOB.</i>	<i>TDC</i>	<i>Total</i>
1989	6	6	17	19	48
1990	26	6	5	52	89
1991	17	12	8	27	64
1992	39	20	21	31	111
1993	58	15	30	39	142
1994	59	2	19	68	148
1995	55	5	16	63	139
1996	79	13	24	66	182
1997	95	15	19	67	196
1998	119	10	30	53	212
1999	111	9	26	60	206
2000	82	6	27	51	166
2001	53	4	16	46	119
2002	39	4	17	42	102
2003	61	0	23	33	117

A continuación, igual a como se ha hecho con la entrada de expedientes, se presenta un cuadro donde se puede apreciar en los últimos nueve años la labor del SDC desde una perspectiva porcentual. Como puede observarse, en el año 2003 se alteran las proporciones básicas que se repetían desde el año 2000, con leves variaciones que en algunos casos. Concretamente, la importancia relativa de las decisiones de archivo superan el 50 por 100 y si añadimos a este porcentaje las decisiones de sobreseimiento, el resultado es que más de dos tercios de las decisiones del SDC conducen al cierre del expediente. En suma, el número de expedientes remitidos al TDC disminuye sensiblemente, con lo que no debe extrañar que el número de expedientes resueltos por el TDC disminuya en los dos próximos años.

*Cuadro 1d: Salidas de expedientes (valores porcentuales)*

<i>Año</i>	<i>AR.</i>	<i>AC.</i>	<i>SOB.</i>	<i>TDC</i>
1995	39,5	3,5	11,5	45,3
1996	43,4	7,1	13,1	36,2
1997	48,4	7,6	9,6	34,1
1998	56,1	4,7	14,1	25,0
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
2003	52,1	0,0	19,7	28,2

## 2. CONCENTRACIONES

El número de operaciones de concentración de empresas notificadas voluntariamente ha disminuido sensiblemente en el año 2003 (79 notificaciones), después de haberse alcanzado el máximo histórico de 100 operaciones de concentración notificadas en la anualidad anterior. Con ello se rompe 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.), iniciados

de oficio (E.I.OFI.), remitidos al TDC (E.TDC), y 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
1992	17	0	7	0
1993	15	1	3	1
1994	13	0	2	16
1995	20	0	5	8
1996	23	0	2	27
1997	19	0	7	26
1998	31	0	7	24
1999	51	0	14	31
2000	93	—	11	—
2001	76	—	7	—
2002	100	—	9	—
2003	79	—	5	—

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). 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
2003	79	72	2 (2)	5	0 (3)	2	1

<sup>1</sup> 2, desestimiento de las partes; 1, remisión a la Comisión, y 5, archivo.

<sup>2</sup> 1, remisión a la Comisión, y 1, archivo.

<sup>3</sup> 1, archivo de la notificación por desistimiento de las partes.

## TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA \*

### 1. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 2003 se ha producido un sensible descenso en el número absoluto de resoluciones dictadas por el TDC, aunque sin alcanzar la cifra mínima de 82 resoluciones correspondiente al año 2001. Tras el importante descenso de ese año 2001, con una disminución de 40 expedientes (casi un 40 por 100), las 119 resoluciones dictadas en el año 2002 podían indicar una corrección de la tendencia a la baja. Vistas las cifras del año 2003, habrá que esperar a los próximos ejercicios para ver cuál es la tendencia que se impone.

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; (R.S.E.), recurso contra el sobreseimiento de expe-

Año	E.S.	M.C.	A.S.	R.A.A.	R.S.E.	INC.	OTROS <sup>(1)</sup>	Total
1996	16	5	41	32	13	0	—	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	0	—	82
2002	25	2	43	41	8	0	—	119
2003	18	1	29	21	14	9	16	108

<sup>1</sup> La incorporación de la categoría OTROS a partir del presente año se debe al incremento del número de resoluciones para la ejecución de sentencia y de resoluciones contra actos de procedimiento del SDC o del TDC. Su inclusión en alguna de las categorías anteriores distorsionaría la importancia relativa de cada una de ellas.

\* En este *Anuario 2003* se han incluido las informaciones disponibles en el servidor telemático del Tribunal de Defensa de la Competencia (<http://www.idcompetencia.es>). En la fecha de entrega a imprenta del *Anuario* todavía no se habían publicado todas las resoluciones adoptadas en el año 2003 en el *Boletín Oficial del Ministerio de Economía*.

dientes; (INC.), incidentales; (OTROS), otras resoluciones no enmarcables en las anteriores categorías, y el total por ejercicio.

La importancia relativa de los principales 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	21,00	1,68	36,14	34,46	6,72
2003	21,69	1,20	34,94	25,30	16,87

Más adelante, se examinará cada uno de estos bloques de resoluciones.

A continuación se indican los porcentajes teniendo ya en cuenta las resoluciones de naturaleza incidental y otras resoluciones:

<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>	<i>OTROS</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	21,00	1,68	36,14	34,46	6,72	—	—
2003	16,66	0,92	26,87	19,45	12,96	8,33	14,81

A continuación, se presentan todas las resoluciones del TDC ordenadas por orden cronológico. Se hace expresa indicación de su fecha, expediente, referencia nominal y 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 (R.A.A.), recurso contra el sobreseimiento de expedientes (R.S.E.), aquellas dictadas de naturaleza incidental (INC.) y otras resoluciones no enmarcables en las anteriores categorías (OTROS).



<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
07-01-03	1271/95	A146/95	Morosos Industriales Ferrallas (Prórroga)	A.S.
07-01-03	1190/95	A119/95	Morosos Papel y Cartón (Prórroga)	A.S.
20-01-03	2241/01	r505/01	Telecomunicaciones Castilla y León	R.A.A.
20-01-03	2134/00	r504/01	Terapias Respiratorias Domiciliarias	R.A.A.
20-01-03	2198/00	R513/02	IBERIA	R.S.E.
28-01-03	2251/01	r521/02	Hospital Madrid/ASISA	R.A.A.
28-01-03	2351/02	r534/02	La Sepulvedana	R.A.A.
31-01-03	2409/02	A324/02	Morosos Fabricantes de Refractarios	A.S.
31-01-03	2119/00	529/01	Administradores de Fincas (Incidente de subsanación de errores)	INC.
07-02-03	2052/99	536/02	IFCC/CORREOS	E.S.
12-02-03	2267/01	R539/02	Cementeras Puerto Bilbao	R.S.E.
17-02-03	2188/00	R492/01	ACOSOL	R.S.E.
18-02-03	2176/00	A290/01	Conferencia Marítima Península-Canarias	A.S.
18-02-03	2390/02	A321/02	Joint Venture Moyresa-Cargill	A.S.
18-02-03	2227/00	534/02	Fabricantes de Cartón	E.S.
24-02-03	2412/02	r553/03	Comercial Farlabo	R.A.A.
25-02-03	2179/00	r550/02v	Funerarias Castellón (Recurso contra providencia conclusión actuaciones)	OTROS
27-02-03		R542/02	Transportes Pamplona 2	R.S.E.
27-02-03	2442/03	A332/03	Morosos Instalectra	A.S.
03-03-03	1721/97	A233/97	Morosos Lubricantes	A.S.
04-03-03	1660/97	532/02	Autoescuelas Coslada	E.S.
05-03-03	2149/00	533/02	Empresas Electricidad	E.S.
20-03-03	2287/01	r529/02v	Telepizzas (Recurso contra providencia sobre confidencialidad)	OTROS
24-03-03	2301/01	r512/02	Detectives Privados Cataluña	R.A.A.
24-03-03	2444/03	A333/03	Morosos Ferrallistas Galicia	A.S.
27-03-03		431/98	Eléctrica Curós (Resolución para ejecución de Sentencia Audiencia Nacional)	OTROS
31-03-03	1186/95	A117/95	Morosos Fabricantes Áridos	A.S.
07-04-03	1711/97	535/02	Eléctrica Eriste	E.S.
08-04-03	2350/02	A313/02	Pacto Foodservice-Mercat	A.S.
09-04-03	1505/97	A207/97	Morosos Graniteros (Prórroga)	A.S.
21-04-03		r535/02	Procuradores Barcelona y Tarragona	R.A.A.
28-04-03		MC 29/98	GLAXO	M.C.
28-04-03	2391/02	A322/02	Contrato-tipo Comisión IBERIA	A.S.
29-04-03	2441/02	r563/03	Eroski/Intermarché	R.A.A.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
05-05-03	1440/96	A195/96	Morosos Material Eléctrico (prórroga)	A.S.
05-05-03	1048/94	A70/94	Morosos Empresas de Electrónica (prórroga)	A.S.
06-05-03		r562/03	Heineken	R.A.A.
07-05-03	2138/00	R532/02	Weblisten/Sony	R.S.E.
08-05-03	2146/00	r557/03v	Pepsi Cola/Coca Cola 2 (Recurso contra acuerdo que deniega la caducidad del expediente)	OTROS
09-05-03	1645/97	A220/97	Tag Heuer (Prórroga)	A.S.
13-05-03	2096/96	R531/02	Gas Natural Castilla y León	R.S.E.
22-05-03	2400/02	r551/02	Farmacéuticos Formulistas	R.A.A.
26-05-03		539/02	Cofarca	E.S.
28-05-03	2203/00	R540/02	Manufacturas Acero 2	R.S.E.
28-05-03	2410/02	A331/03	Morosos Ferrallistas Pontevedra	A.S.
29-05-03		427/98	Electra Caldense (Ejecución de Auto de la Audiencia Nacional)	OTROS
29-05-03		376/96	Cárteles de sidra (Eje. Sentencias Audiencia Nacional y Tribunal Supremo)	OTROS
03-06-03	2383/02	r549/02	ASISA	R.A.A.
13-06-03	1488	446/98	Arquitectos Madrid (Auto incidental de ejecución de sentencia)	INC.
13-06-03	2172/00	543/02	Trasmediterránea/Euroferrys/Buquebús	E.S.
16-06-03		397/97	Aparejadores Madrid (Resolución para ejecución de sentencia)	OTROS
18-06-03	2150/00	541/02	DIASA	E.S.
18-06-03	2418/02	r555/03v	Harinas Cárnicas (Recurso alzada contra no incoación decidida por silencio negativo)	OTROS
20-06-03	2237/01 2307/01	544/02	Colegio Notarial de Madrid	E.S.
27-06-03	1069/94	379/96	Relojes Joya (Prórroga)	A.S.
30-06-03	2302/01	r545/02	Antena 3	R.A.A.
30-06-03	2294/01	r520/02	Análisis Químicos Murcia	R.A.A.
30-06-03	1789/98	R515/02	GLAXO	R.S.E.
30-06-03		451/99	Distribuidora Industrial (Incidente de ejecución de sentencia)	INC.
03-07-03	2275/01	545/02	Colegio Notarial de Granada	E.S.
04-07-03	2181/00	548/02	Eurohogar Sarmiento	E.S.
07-07-03	1522/97	A215/97	Morosos Construcción Asturias	A.S.
09-07-03	922/93	380/96	Contrato-tipo Perfumería Selecta (Prórroga)	A.S.
09-07-03	2019/99	546/02	MAZDA	E.S.
10-07-03	2211/00	R561/03	Cabildo Lanzarote	R.S.E.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
11-07-03	1664/97	A229/97	Morosos Suelo (Prórroga)	A.S.
14-07-03	2399/02	A326/02	Portal Proxfarma	A.S.
17-07-03	2428/02	A328/02	Morosos Empresas Medioambientales	A.S.
24-07-03	2282/01	R559/03	HELADOS	R.S.E.
28-07-03		440/98	Funerarias Tenerife (Incidente de ejecución de sentencia)	INC.
28-07-03		452/99	Taxis Barcelona (Resolución incidental de ejecución de sentencia)	INC.
28-07-03		368/95	Veterinarios Ambulantes (Incidente ejecución Sentencia Audiencia Nacional)	INC.
02-09-03	2069/99	r576/03v	Líneas Marítimas del Estrecho (Recurso de reposición contra providencia admisión a trámite por el Tribunal)	OTROS
04-09-03	2338/01	r560/03v	Empresas Eléctricas (Recurso contra auto en que no se admite como medio probatorio determinados documentos)	OTROS
11-09-03	2267/01	549/02	Cementeras Puerto de Bilbao	E.S.
12-09-03	2200/00	537/02	Reciclado de Vidrio	E.S.
16-09-03	2264/00	550/02	Tanatorios Huesca	E.S.
22-09-03		R547/02	Cofares/Organon	R.S.E.
24-09-03	2477/03	A293/01	Pool Ferroviario (Prórroga)	A.S.
24-09-03	957/93	A47/93	Morosos Agrunor (Prórroga)	A.S.
26-09-03	2173/00	r544/02v	Gas Natural Alicante 3 (Recurso de reposición contra providencia admisión a trámite por el Tribunal)	OTROS
02-10-03	2173/00	r543/02v	Gas Natural Alicante 2 (Recurso de reposición contra providencia admisión a trámite por el Tribunal)	OTROS
03-10-03		537/02	Reciclado de Vidrio (Auto sobre aclaración de resolución)	OTROS
07-10-03	1693	A230/97	Contratos Mahou	A.S.
07-10-03	1257/95	A138/95	Morosos Transporte Internacional por Carretera (Prórroga)	A.S.
16-10-03		r567/03	Aplicaciones Electromecánicas/Iberdrola	R.A.A.
16-10-03	2173/00	r546/02v	Gas Natural Alicante 4 (Recurso de reposición contra providencia admisión a trámite por el Tribunal)	OTROS
20-10-03		350/94	Teléfonos en Aeropuertos (Resolución incidental de ejecución de sentencia)	INC.
22-10-03	2354/02	r548/02	Centro Filatélico/Repsol	R.A.A.
28-10-03	2179/00	551/02	Funerarias Castellón	E.S.
28-10-03	2023/99	R480/01	Spain Pharma	R.S.E.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
03-11-03	2346/01	r536/02	REPSOL/Estaciones de Servicio	R.A.A.
04-11-03		461/99	Autoescuelas Alcalá (Resolución incidental de ejecución de sentencia)	INC.
04-11-03	2173/00	r541/02v	Gas Natural Alicante (Recurso de reposición contra providencia admisión a trámite por el Tribunal)	OTROS
10-11-03	2481/03	A339/03	MOROSOS AEDES	A.S.
13-11-03	2469/03	A337/03	MOROSOS FEDCAM	A.S.
14-11-03	2096/99	540/02	Gas Natural	E.S.
17-11-03		443/98	Material Eléctrico Murcia 2 (Resolución incidental ejecución de sentencia)	INC.
19-11-03	2184/00	R581/03	CELULOSAS	R.S.E.
21-11-03	2386/02	r556/03	Telefónica/Retevisión	R.A.A.
03-12-03	2384/02	r565/03	Artistas Intérpretes o Ejecutantes	R.A.A.
03-12-03	2238/01	R558/03	Spain Pharma/Smithkline	R.S.E.
10-12-03		r583/03	Asociaciones Cárnicas	R.A.A.
15-12-03	2493/03	A340/03	Morosos Feneval	A.S.
18-12-03	2300/01	r572/03	Servicios Deportivos Logroño	R.A.A.
19-12-03	1103/94	r118/95	REPSOL/BP/CEPSA (Resolución para ejecución de sentencia)	OTROS
19-12-03	2248/01	554/02	Transporte Cítricos	E.S.
19-12-03	2352/02	r538/02	Genéricos Farmacéuticos	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 2003 ha descendido sensiblemente, pues se han resuelto 18 frente a los 25 del año anterior.

Como en los años anteriores, todos los expedientes sancionadores instruidos en el año 2003 han desembocado en resoluciones finales, pues todas las resoluciones incidentales dictadas este año son resoluciones incidentales de ejecución de sentencia, excepto una que se refiere a una subsanación de error material en la resolución.

#### a) *Resoluciones finales*

El cuadro que sigue relaciona las resoluciones finales de expedientes sancionadores con indicación de su fecha; número de expediente con indicación de su origen en virtud de denuncia o de oficio por la propia admi-

nistración; las conductas detectadas; la decisión del TDC acerca de sí 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.

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
07-02-03	536/02 Denuncia	Art. 6. Abusos de CORREOS por retener correspondencia con el emblema de su competidor IFCC y por difundir información parcialmente falsa sobre éste.	E.	600.000 € + 300.000 €	
18-02-03	534/02 Denuncia	Art. 1. Contrato de sublicencia que contiene prohibiciones de fabricar y comercializar determinados productos. Caducidad expediente por superar el plazo de doce meses de la instrucción.	N.E.		
04-03-03	532/02 Denuncia	Art. 1. Práctica concertada para aplicar las mismas tarifas en la enseñanza del permiso B por 6 autoescuelas de Coslada.	E.	4.000 € + 2.000 € + 1.000 € + 1.000 € + 1.000 € + 1.000 €	
05-03-03	533/02 Oficio	Art. 1. Acuerdo de fijación de precios entre 5 empresas de reparaciones. Art. 6. Limitación de acceso al mercado de reparaciones eléctricas. Mercados conexos. Posición de dominio en el mercado de la distribución de energía. NO se acredita el abuso de posición de dominio en el mercado secundario (reparaciones).	E. parc.	1.000 € a cada empresa de reparaciones	
07-04-03	535/02 Denuncia	Art. 7. Obtención por el Ayuntamiento de Benasque del encargo de ejecución de un proyecto fluvial mediante presentación extemporánea de oferta y conociendo antes la oferta del único competidor.	E.	30.000 €	
26-05-03	539/02 Denuncia	Art. 6. Sociedad cooperativa que impone a sus asociados la obligación de adquirirle el 70 por 100 de sus posibilidades de compras anuales, con sanción de expulsión.	E.	50.000 €	
13-06-03	543/02 Oficio	Art. 1. Fijación de precios de transporte marítimo de pasajeros y de vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras. Práctica concertada (Transmediterránea-Buquebús España).	E.	600.000 € a cada naviera	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
18-06-03	541/02 Denuncia	Art. 1. Franquicia. DIASA. Precios recomendados que actúan como fijos a causa de imposibilidad/dificultad técnica para modificarlos. Insuficiencia probatoria.	N.E.		
20-06-03	544/02 Denuncia	Art. 1. Acuerdo de Colegio Notarial que establece un mecanismo compensatorio obligatorio de los ingresos ligados a los servicios bancarios, entre notarios de la plaza. Acuerdo no puesto en práctica. No se autoriza.	E.	No multa	
03-07-03	545/02 Denuncia	Art. 1. Colegio Profesional expediente a notario que publicita sobre reducciones en honorarios. Voto particular.	N.E.		
04-07-03	548/02 Denuncia	Art. 7. Intermediarios inmobiliarios. Publicación de anuncios sobre exclusividad de los APIs y de desprestigio de competidores.	E.	1.500 €	
09-07-03	546/02 Denuncia	Reglamento 1475/1995. Acuerdo de distribución de automóviles. Preaviso de resolución sin respetar el mecanismo de resolución rápida de conflictos previsto en el Reglamento. No exención por categoría, acuerdo contrario al 81.1 TCE.	E.	300.000 €	
11-09-03	549/02 Denuncia	Art. 1.1. Dos empresas cementeras acuerdan creación de filial común para presentar proyecto alternativo en un proceso de adjudicación de concesión que iba a ser adjudicado a una tercera empresa. Hay un acuerdo societario y no una práctica restrictiva.	N.E.		
12-09-03	537/02 Denuncia	Art. 1. Reparto del mercado de calcín. Imputación a ANFEVI (1982 a 2001) y a ECOVIDRIO (1997 a 2001). Art. 6. Abuso de posición dominante consistente en ignorar la solicitud de REVISa de adhesión al Sistema integrado. Art. 1. Acuerdo de cesión por ECOVIDRIO a ANFEVI de todos sus contratos con Entidades Locales. Art. 1. Acuerdo de compra y venta exclusiva entre VILESA y REVISa.	E.	600.000 € a ANFEVI + 150.000 € a ECOVIDRIO por reparto de mercados + 150.000 € a ECOVIDRIO por ignorar solicitud adhesión No multas a las dos últimas infracciones.	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Dec.</i>	<i>Multa 10.1 LDC</i>	<i>Multa 10.3 LDC</i>
16-09-03	550/02 Denuncia	Art. 1.1. Acuerdo entre los 2 tanatorios que operan en Huesca para exigir a las floristerías determinadas cantidades de dinero por la entrada en los tanatorios de coronas y adornos florales.	E.	3.000 € cada tanatorio	
28-10-03	551/02 Denuncia	Art. 1.1. Asociación Provincial de Agencias Funerarias y Pompas Fúnebres de Castellón adopta un acuerdo de fijación colectiva a todos sus miembros de tarifas y condiciones comerciales.	E.	30.000 €	
14-11-03	540/02 Denuncia	Art. 6. Gas Natural de Castilla y León, S. A., realiza desde una posición de dominio una campaña publicitaria en la que vincula dos mercados conexos, provocando con ello la expulsión de sus competidores.	E.	50.000 €	
19-12-03	554/02 Denuncia	Art. 1. Asociación profesional de import./export. presuntamente impone un determinado transitorio para que sus miembros puedan beneficiarse de un acuerdo firmado con una naviera. No se consideran suficiente probadas las afirmaciones.	N.E.		

El análisis de estas resoluciones de expedientes sancionadores puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

A diferencia del año anterior, en el que todos los expedientes sancionadores tienen origen en una denuncia, en el año 2003 dos de los 18 expedientes han sido iniciados de origen. Esta novedad no desvirtúa el claro dominio de los expedientes que tienen origen en una denuncia que impera desde hace años.

Cabe seguir llamando la atención sobre el dato de que el TDC no siempre culmina el expediente declarando la concurrencia de la infracción constatada por el SDC. En el año 2003, de un total de 18 resoluciones se considera en 4 que no existe acreditación.

En cuanto a las multas, cabe señalar, por tercer 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 €
2003	3.482.500 €		3.482.500 €

b) *Resoluciones incidentales*

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Petición</i>	<i>Decisión</i>
31-01-03	529/01	Se solicita al TDC que subsane error material consistente en haber omitido en la parte dispositiva de la Resolución a dos de los Colegios Profesionales que se consideran responsables de la conducta estimada acreditada (art. 7).	Se aprecia el error material y se procede a subsanarlo.
13-06-03	446/98	Colegio de Arquitectos sancionado mediante Resolución presenta escrito acreditativo de cumplimiento de la misma y solicita anulación de la Resolución de ejecución.	Se deja sin efecto la Resolución de ejecución.
30-06-03	451/99	Cumplimiento parcial (falta publicación en prensa) de Resolución confirmada mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento de lo que falta.
28-07-03	440/98	Cumplimiento parcial (falta publicación en prensa) de Resolución confirmada mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento de lo que falta.
28-07-03	452/99	No cumplimiento de Resolución confirmada mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento íntegro.
28-07-03	368/95	Cumplimiento parcial (falta publicación en prensa y algunos de los sancionados no han abonado la multa) de Resolución recurrida habiendo estimado parcialmente los recursos la AN en sentencia AN firme.	Se procede a devolver las multas a quienes la hubieren abonado y se acuerda el cumplimiento en todo aquello confirmado por la AN y no cumplido.



<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Petición</i>	<i>Decisión</i>
20-10-03	350/94	Cumplimiento parcial (falta publicación en prensa) de Resolución confirmada mediante sentencias AN y TS firmes.	Se procede a acordar el cumplimiento de lo que falta.
04-11-03	461/99	Cumplimiento parcial (falta pago de multa y publicación en prensa) de Resolución recurrida ante AN que estima parcialmente el recurso reduciendo la multa y que había estimado la suspensión de la ejecución.	Se procede a acordar el cumplimiento de lo que falta.
17-11-03	443/98	Cumplimiento parcial (falta publicación en prensa) de Resolución confirmada mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento de lo que falta.

**B. MEDIDAS CAUTELARES**

El año 2003 vuelve a confirmar también la estabilización en este capítulo, si bien disminuyen de 2 a 1 las resoluciones sobre medidas cautelares.

El cuadro siguiente refleja estas resoluciones con su fecha, número de expediente, sector material en que se localiza el conflicto, decisión del TDC y, en su caso, fianza exigida.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Sector</i>	<i>Decisión</i>	<i>Fianza</i>
28-04-03	MC29/98	Mayoristas distribuidores de especialidades farmacéuticas.	Se acuerda denegar la solicitud de levantamiento, cancelación y devolución de aval (medida cautelar decidida en Resolución de 16-10-98).	

**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 2003 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) y REV. (revocación de autorización anteriormente otorgada):

<i>Año</i>	<i>RES. FINAL</i>	<i>SOL. PRO.</i>	<i>MOD. AUT.</i>	<i>REV.</i>
1997	39	2	9	1
1998	17	5	5	1
1999	23	19		
2000	16	17	2	
2001	9	9	2	
2002	21	21	1	
2003	13	16		

Es patente el importante descenso del número de expedientes resueltos concernientes a autorizaciones singulares, aunque quedando todavía por encima de las cifras especialmente bajas del año 2001. Como ya viene siendo habitual, una gran parte de ellos son relativos a registros de morosos.

a) *Resolución final sobre primera solicitud*

El TDC ha dictado, en el año 2003, 13 resoluciones finales en expedientes de autorización singular.

El cuadro adjunto relaciona estas resoluciones con indicación de su fecha, expediente, conducta objeto de autorización, decisión del TDC y, en su caso, límite temporal de la autorización otorgada.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
31-01-03	A324/02	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
18-02-03	A290/01	Acuerdo de constitución de la Conferencia Marítima Península-Canarias.	Autorización.	5 años
18-02-03	A321/02	Acuerdo de <i>joint-venture</i> para la extracción de semillas oleaginosas.	Desistimiento.	
27-02-03	A332/03	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
24-03-03	A333/03	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
08-04-03	A313/02	Pacto de no competencia entre empresas del mercado balear de distribución alimentaria para hostelería.	Autorización.	Hasta 31-12-07

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
28-04-03	A322/02	Contrato-tipo de comisión mercantil para la promoción y venta de servicios de transporte aéreo por las agencias de viajes minoristas establecidas en España.	No constituye un acuerdo contrario al art. 1.	
28-05-03	A331/03	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
14-07-03	A326/02	Acuerdo entre varios fabricantes de productos farmacéuticos para la creación y mantenimiento de un portal común electrónico.	No constituye un acuerdo contrario al art. 1.	
17-07-03	A328/02	Registro de morosos multisectorial.	No constituye un acuerdo contrario al art. 1.	
10-11-03	A339/03	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
13-11-03	A337/03	Registro de morosos.	Autorización.	5 años
15-12-03	A340/03	Registro de morosos.	Autorización.	5 años

Los registros de morosos constituyen la principal materia sobre la que versan las resoluciones autorizatorias del TDC. El TDC no ha denegado ninguna solicitud de autorización, pues los casos de no autorización se deben a que el acuerdo no constituye una conducta contraria al art. 1 LDC o por causa de desistimiento de las partes.

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. En el gráfico se distingue entre otorgamiento de la autorización (AUT.), de no autorización (N. AUT.), de desistimiento del solicitante (DES.), de suspensión provisional de los acuerdos presentados y de incoación de expediente sancionador (EXP. SAN.), y de la no aplicación de la LDC a las conductas analizadas (N. LDC).

<i>Año</i>	<i>AUT.</i>	<i>N. AUT.</i>	<i>DES.</i>	<i>N. LDC</i>	<i>EXP. SAN.</i>
1997	28	4	1	5	1
1998	10	2	1	4	
1999	16	3	3	1	
2000	9	2		5	
2001	6		1	2	
2002	13	4	1	3	
2003	9		1	3	

Estos datos determinados en porcentaje ofrecen los siguientes resultados:

<i>Año</i>	<i>AUT.</i>	<i>N. AUT.</i>	<i>DES.</i>	<i>N. LDC</i>	<i>EXP. SAN.</i>
1997	71,79	10,25	2,56	12,82	2,56
1998	58,82	11,76	5,88	23,52	
1999	69,56	13,04	13,04	4,34	
2000	56,25	12,50		31,25	
2001	66,67		11,11	22,22	
2002	61,90	19,05	4,76	14,29	
2003	69,21		7,69	23,00	

#### b) *Solicitud de prórroga*

El TDC ha dictado más resoluciones de prórroga que de nueva autorización. La disminución de las solicitudes de prórroga es cuantitativamente algo menor que la de nuevas autorizaciones. En concreto, ha dictado, en 2003, 16 resoluciones, que en su casi totalidad versan sobre registros de morosos (11 de las 16 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 catorce meses.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
07-01-03	A146/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
07-01-03	A119/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
03-03-03	A233/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
31-03-03	A117/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
09-04-03	A117/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
05-05-03	A207/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
05-05-03	A70/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
09-05-03	A220/97	Contrato de distribución selectiva para los relojes de la marca TAG HEUER.	Prórroga.	5 años
27-06-03	379/96	Contrato de distribución selectiva para los relojes de las marcas RADO y TISSOT.	No se considera necesario conceder prórroga, pues los contratos no contienen restricciones que excedan el Reglamento 2790/1999.	
07-07-03	A215/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
09-07-03	A380/96	Contrato-tipo de distribución selectiva de productos de perfumería y belleza.	Prórroga.	5 años
11-07-03	A229/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
24-09-03	A47/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años
24-09-03	A293/01	Acuerdo de constitución de una AIE para la explotación común de un parque de vagones y de plataformas para el transporte de vehículos.	Prórroga.	Hasta 31-12-04
07-10-03	A230/97	Contrato-tipo de distribución de cerveza.	Prórroga.	5 años
07-10-03	A138/95	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años

### 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 (hay que tener en cuenta que hasta este año una parte de las resoluciones incluidas en este *Anuario* en la categoría de OTROS, se incorporaba a la cifra de resoluciones R.A.A.).

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 21 en el ejercicio 2003. A continuación se relacionan estas resoluciones con indicación de su fecha, el número de expediente, la conducta cuestionada y la decisión del TDC.

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión
20-01-03	r505/01	RETECAL supuestamente elimina <i>de facto</i> la posibilidad de recibir señal de televisión al alterar en el momento de la instalación la conexión a antena comunitaria.	Estimación.
20-01-03	r504/01	Supuesta concertación para presentar una oferta conjunta al Concurso de Terapias Domiciliarias en el ámbito de la Comunidad de Madrid convocado por el INSALUD.	Estimación parcial.
28-01-03	r534/02	Empresa de transportes La Sepulvedana presuntamente ofrece billetes por debajo del coste y capta deslealmente clientes de sus competidores.	Desestimación.
28-01-03	r521/02	Supuestas prácticas abusivas y anticompetitivas de ASISA respecto de sus asegurados.	Desestimación.
24-02-03	r553/03	Presuntas prácticas anticompetitivas en el sector de la perfumería.	Desistimiento.
24-03-03	r512/02	Colegio de Detectives: exigencia de habilitación temporal y de visado.	Estimación.
21-04-03	r535/02	Colegios de Procuradores: prohibición de asociación entre procuradores de diferente Colegio.	Desestimación.
29-04-03	r563/03	Presunto acuerdo colusorio, abuso de posición de dominio colectivo y competencia desleal por colaboración empresarial exigiendo suministro productos en mismas condiciones que se suministran a Eroski.	Recurso extemporáneo.
06-05-03	r562/03	Presuntas prácticas restrictivas de la empresa Heineken España, S. A., denunciadas por Desarrollo de Hostelería Celdi, S. L.	Recurso extemporáneo.
22-05-03	r551/02	Supuesta negativa de suministro de Abbott Laboratories, S. A., del principio activo para la elaboración de fórmulas magistrales contra la obesidad. El SDC no fundamenta suficientemente su elección del mercado relevante.	Estimación.

Fecha	Exped.	Conducta	Decisión
03-06-03	r549/02	Supuesta explotación abusiva de situación de dependencia económica de los médicos de baleares respecto de ASISA. Concepto y requisitos de la dependencia económica. No se acredita.	Desestimación.
30-06-03	r545/02	Presunta práctica restrictiva de Antena3TV. Falta la bilateralidad. Presunto abuso de posición de dominio de Antena3 respecto a la televenta. No se acredita la posición de dominio en el mercado de televenta.	Desestimación.
30-06-03	r520/02	Supuesta aplicación de precios predatorios en el mercado de análisis químicos de Murcia. Denunciantes califican dicha conducta como infracción. Art. 7 SDC, debiera haber investigado una posible infracción del art. 6 para verificar si ha existido o no venta a pérdida.	Estimación.
16-10-03	r567/03	Rechazo de IBERDROLA de los cuadros prefabricados para centralización de contadores que produce la denunciante. Supuesta práctica restrictiva. Ausencia de plurilateralidad. Desestimación. Supuesto abuso de posición de dominio. El SDC debiera haber investigado la posición de dominio en los dos mercados relevantes. Estimación.	Estimación parcial.
22-10-03	r548/02	Supuesta práctica restrictivas de REPSOL por inclusión de cláusulas de fijación de precios de reventa de carburantes (principio <i>non bis in idem</i> , resolución sancionadora de 11 de julio de 2001) y por estrategia para alargar la duración de exclusividad a más de diez años en contratos con determinadas estaciones de servicio. No se acredita.	Desestimación.
03-11-03	r536/02	Supuesta práctica restrictiva de REPSOL por modificación unilateral de contrato de exclusiva manteniendo condiciones no autorizadas por nueva legislación sobre restricciones verticales. Supuesto incumplimiento de resolución sancionadora de 11 de julio de 2001. No procede invocación de supremacía Derecho comunitario para justificar el archivo. SDC debe analizar el fondo del asunto con independencia notificación de los acuerdos a la Comisión.	Estimación.
21-11-03	r556/03	Presuntas prácticas prohibidas por art. 7. Denuncia formulada por Telefónica por actuaciones de Retevisión y de Lince para la captación de clientela. Actuaciones que no afectan sensiblemente al mercado.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
03-12-03	r565/03	Presunto abuso de posición de dominio de AEI por obstaculizar la entrada en el mercado de otras entidades de gestión de derechos de autores y por aplicar precios abusivos a los usuarios.	Desistimiento.
10-12-03	r583/03	Presunta fijación de precios entre asociaciones agro-ganaderas y el MAPA. Que el MAPA sea el promotor del acuerdo no obsta necesidad de verificar si el mismo contiene cláusulas contrarias a la LDC.	Estimación.
18-12-03	r572/03	Presuntas prácticas prohibidas por los arts. 6 y 7 por el Ayuntamiento de Logroño en la prestación de servicios en instalaciones deportivas municipales. Conductas sometidas a la LDC pero no se acredita posición de dominio y no concurre práctica desleal.	Desestimación
19-12-03	r538/02	Presunta infracción art. 1. Circular del Insalud de Madrid sobre relación de genéricos de precios más bajos. Ausencia de bilateralidad. Inaplicabilidad art. 86 TCE para sancionar comportamiento de empresas.	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
2003	10	8	2	1

Estos datos corresponden a los siguientes porcentajes:



<i>Año</i>	<i>N. EST.</i>	<i>EST.</i>	<i>INAD.</i>	<i>DES.</i>
1997	64,06	21,87	10,93	3,12
1998	81,25	16,66	2,08	
1999	80,00	15,00	2,50	2,50
2000	88,88	6,66	4,44	
2001	61,54	34,61		3,85
2002	71,42	21,42	3,58	3,58
2003	47,62	38,10	9,52	4,76

Respecto a los años anteriores, cabe observar un mayor equilibrio entre las resoluciones estimatorias y las desestimatorias. No obstante, hay que recordar que desde este año hemos excluido de esta categoría las resoluciones que no resuelvan concretamente un recurso contra una decisión de archivo (las resoluciones excluidas son casi siempre desestimatorias).

#### B. RECURSOS CONTRA EL SOBRESSEIMIENTO DE EXPEDIENTES

En el año 2003, con 14 resoluciones, se invierte la tendencia a la baja de la cifra de resoluciones de recurso contra actos de sobreseimiento. La estadística de este año es la más alta de los últimos cinco años.

A continuación se relacionan estas resoluciones con indicación de su fecha, número de expediente, conducta cuestionada y decisión del TDC:

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
20-01-03	R513/02	Presuntos acuerdos restrictivos entre IBERIA-AIR NOSTRUM e IBERIA-AIR EUROPA sobre descuentos a agencias de viajes.	Desestimación.
12-02-03	R539/02	Supuesto acuerdo para presentar alegaciones a la solicitud de una concesión administrativa para la construcción de una molinera de cemento.	Desestimación.
17-02-03	R492/01	Supuestas prácticas contrarias a los arts. 1 y 6.2.d) consistentes en modalidades de cobro del suministro de agua a una urbanización.	Estimación.
27-03-03	R542/02	Supuesto acuerdo entre cajas de ahorro sobre exclusividad de pago de tarifas reducidas de transporte público de Pamplona mediante tarjeta monedero.	Desestimación.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
07-05-03	R532/02	Supuesta negativa injustificada de autorización para la retransmisión de canciones que SONY produce por Internet.	Desestimación.
13-05-03	R531/02	Presuntas prácticas en el suministro de gas que pudieran provocar la expulsión de competidores.	Desestimación.
28-05-03	R540/02	Presunto abuso de posición de dominio en el suministro e instalación de malla de acero.	Desestimación.
30-06-03	R515/02	Supuesta negativa de suministro de productos farmacéuticos a los mayoristas no firmantes de las condiciones generales de GLAXO.	Desestimación.
11-07-03	R561/03	Oferta subvencionada por el Cabildo de Lanzarote de cursos náuticos.	Estimación.
24-07-03	R559/03	Supuesta fijación de precios de venta al público de HELADOS MIKO mediante carteles publicitarios.	Desestimación.
22-09-03	R547/02	Supuesto abuso de posición de dominio mediante negativa injustificada de suministro en el sector farmacéutico.	Desestimación.
28-10-03	R480/01	Supuestas actividades para impedir las importaciones paralelas de España a otros países UE en el sector de los productos farmacéuticos.	Desestimación.
19-11-03	R581/03	Supuesta imposición de precios de compra mediante abuso de posición de dominio.	Desestimación.
03-12-03	R558/03	Supuesta negativa injustificada de suministro de productos farmacéuticos y aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.	Desestimación.

En este caso, como sucedía con las resoluciones de recursos contra acuerdos de archivo, es esencial conocer la confirmación de la acción del SDC por parte del TDC o si existe un cierto grado de revisión. A continuación, exponemos los datos de 2003 junto con los de los seis 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	
2003	12	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	62,50	37,50		
2000	66,60	25,00		8,33
2001	70,00	20,00		10,00
2002	75,00		25,00	
2003	85,71	14,29		

Cabe advertir que el porcentaje de resoluciones desestimatorias sigue siendo claramente dominante.

#### 4. CONCENTRACIONES

Se indican a continuación los 5 casos en que, durante el año 2003, el TDC ha emitido dictamen respecto de una operación de concentración.

<i>Exped.</i>	<i>Partes</i>	<i>Dictamen</i>
C78/03	Leroy Merlín/Brico.	No oposición.
C79/03	Día/El Árbol.	No oposición.
C81/03	Albertis Telecom/Retevisión.	Con condiciones.
C82/03	Ayuntamiento de Villatoya.	No oposición.
C83/03	Caprabo/Alcosto.	No oposición.

En resumen:

Año	Oposición	No oposición	No oposición con condiciones	Total
2000	4	4	7	15
2001	1	4	3	8
2002		4	3	7
2003		4	1	5

Código	Descripción	Valor	Estado
C300	Capitolación		No oposición
C250	Arbitraje de Veintidós		No oposición
C400	Arbitraje de Veintidós		Con oposición
C350	Arbitraje de Veintidós		No oposición
C380	Arbitraje de Veintidós		No oposición
C390	Arbitraje de Veintidós		No oposición

## AUDIENCIA NACIONAL

La Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Nacional, que conoce de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC, ha dictado 67 sentencias y 11 autos en 2003. Esta cifra supone un importante aumento de los recursos jurisdiccionales interpuestos contra resoluciones del TDC, tras el leve descenso de 2002 (46 sentencias) respecto al ejercicio precedente (49 sentencias en 2001). Por tanto, durante este ejercicio se ha producido el más alto índice de litigiosidad respecto de las resoluciones del TDC, muy 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>
28-1-2003	3-6-1997 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.
29-1-2003	9-2-1998 Expediente sancionador.	Art. 1: Acuerdo colectivo de amenazar a proveedores de productos veterinarios que operan en Madrid con dejar de comprarles si no cesan en el suministro de sus productos a Unidad Móvil Veterinaria S. L. Art. 7: Dar publicidad mediante la colocación en la pastelería Everest de la localidad de Pozuelo de un escrito con un contenido denigratorio para Unidad Móvil Veterinaria, S. L.	Estimar parcialmente: se confirma la infracción del art. 1 y se anula la infracción del art. 7.
30-1-2003	3-6-1997 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.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
3-2-2003	26-2-1999 Expediente sancionador.	Art. 6: Abuso de posición de dominio de Telefónica consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de Airtel, S. A.	Confirma Res. TDC.
12-2-2003	26-1-2000 Expediente sancionador.	Taxis de Barcelona: conducta prohibida consistente en contingentar el número de licencias que pueden trabajar a doble turno.	Confirma Res. TDC.
12-2-2003	25-10-2000 Expediente sancionador.	Agencias de viajes: práctica prohibida consistente en la presentación de ofertas idénticas a concurso público. Recurso de Viajes Barceló, S. L.	Confirma Res. TDC.
12-2-2003	25-10-2000 Expediente sancionador.	Agencias de viajes: práctica prohibida consistente en la presentación de ofertas idénticas a concurso público. Recurso de Viajes Halcón, S. A.	Confirma Res. TDC.
12-2-2003	17-2-2000 Archivo.	Supuesta práctica desleal por Caja de Ahorros. Confirma archivo.	Confirma Res. TDC.
12-2-2003	29-3-2000 Expediente sancionador.	Abuso de posición de dominio al atribuirse públicamente facultades homologadoras que no le pertenecen.	Confirma Res. TDC.
18-2-2003	10-9-1998 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.
19-2-2003	3-6-1997 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.
19-2-2003	29-11-1999 Expediente sancionador.	Acuerdo entre aerolíneas que ha permitido el aumento simultáneo y la homogeneización de tarifas. Recursos de las sancionadas.	Confirma Res. TDC.
19-2-2003	29-11-1999 Expediente sancionador.	Acuerdo entre aerolíneas que ha permitido el aumento simultáneo y la homogeneización de tarifas. Recursos de la CA de Canarias.	Estimar parcialmente.
24-2-2003	2-11-1999 Expediente sancionador.	Práctica prohibida por el art. 1.1.b) al realizar actos encaminados a la limitación y control de la distribución comercial de material eléctrico.	Confirma Res. TDC.
25-2-2003	25-10-2000 Expediente sancionador.	Agencias de viajes: práctica prohibida consistente en la presentación de ofertas idénticas a concurso público. Recurso de Viajes Iberia, S. A.	Confirma Res. TDC.
26-2-2003 Auto	4-6-2001 Expediente sancionador.	Prácticas concertadas para la fijación de precios entre empresas cementeras. Recurso de Áridas Formigons Alsina, S. L.	Archivo por no nombrar Procurador.
26-2-2003	27-7-2000 Expediente sancionador.	Texaco: pacto con los minoristas cláusulas anticompetitivas no amparadas por el RD 157/1992.	Confirma Res. TDC.
27-2-2003 Auto	10-10-2002	Abuso de posición de dominio de diversos Colegios de Médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados de defunción. Recurso del Colegio de Valencia.	Desistimiento.
5-3-2003	21-9-2000 Expediente sancionador.	Asociación de Comercializadores de Pescado de Vigo: prácticas prohibidas tendentes a imponer determinados horarios en la celebración de la subasta.	Confirma Res. TDC.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
21-3-2003	3-6-1997 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.
2-4-2003 Auto	10-10-2002	Abuso de posición de dominio de diversos Colegios de Médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados de defunción. Recurso del Colegio de Salamanca.	Desistimiento.
3-4-2003 Auto	4-6-2001 Expediente sancionador.	Prácticas concertadas para la fijación de precios entre empresas cementeras. Recurso de Áridas Curanta, S. A.	Desistimiento.
9-4-2003	26-1-2000 Expediente sancionador.	Abuso de posición de dominio mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores a través de la adquisición y el control de la red de distribución de explosivos industriales en el momento inicial de la liberalización del mercado.	Confirma Res. TDC.
9-4-2003	26-1-2000 Expediente sancionador.	Abuso de posición de dominio mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores a través de la adquisición y el control de la red de distribución de explosivos industriales en el momento inicial de la liberalización del mercado.	Confirma Res. TDC.
11-4-2003	9-3-2000 Expediente sancionador.	Recomendación colectiva de precios por la Agrupación de Autoescuelas de Alcalá.	Estimación parcial: reducción de la multa.
11-4-2003	26-1-2000 Archivo.	Asociación nacional fabricantes explosivos: supuesto abuso de posición de dominio. Confirma archivo.	Confirma Res. TDC.
30-4-2003	23-12-1999 Expediente sancionador.	Acuerdo de las aerolíneas para fijar las bases de cotización a los operadores turísticos en el mercado nacional de los vuelos chárter.	Confirma Res. TDC.
5-5-2003	3-6-1997 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.
5-5-2003	27-9-2000 Expediente sancionador.	Entidad de seguros médicos: abuso de posición de dominio consistente en obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores.	Confirma Res. TDC.
6-5-2003	26-5-1999 Expediente sancionador.	Presunta infracción del art. 1 en contrato de exclusiva. No ha resultado acreditada la existencia de ninguna conducta de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.	Confirma Res. TDC.
14-5-2003 Auto	27-9-2002 Archivo.	Presuntas prácticas restrictivas relacionadas con tasas asociadas a tarjetas de crédito. Confirma archivo del SDC.	Desistimiento.
15-5-2003 Auto	10-10-2002	Abuso de posición de dominio de diversos colegios de médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados de defunción. Recurso del Colegio de Alicante.	Desistimiento.
19-5-2003	25-10-1999 Archivo.	Se confirma archivo de expediente relativo a denegación de licencia de apertura y orden de cierre de restaurante.	Confirma Res. TDC.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
3-6-2003	3-6-1997 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.
3-6-2003	15-4-1999 Expediente sancionador.	Concertación de precios de venta del azúcar para usos industriales. Recurso de una de las empresas.	Confirma Res. TDC.
6-6-2003	1-9-2000 Sobresimiento.	Supuestas prácticas prohibidas en centro hospitalario de Almería. Confirma sobresimiento.	Confirma Res. TDC.
9-6-2003	18-1-2000 Expediente sancionador.	Acuerdo del Consejo General de la Abogacía Española por el que se fijan normas sobre publicidad de los abogados.	Estimación parcial: anulación de la multa.
18-6-2003	7-4-2000 Expediente sancionador.	Recomendación colectiva del Colegio de Farmacéuticos de Valencia para restringir la competencia en el mercado de los alimentos infantiles.	Confirma Res. TDC.
24-6-2003 Auto	29-4-2002 Caducidad.	Providencia del TDC en la que acuerda no pronunciarse hasta la resolución sobre alegación caducidad procedimiento de instrucción.	Desistimiento.
25-6-2003	24-10-2001 Expediente sancionador.	Concurso público: Feria de Agosto: recomendación colectiva de asociación de feriantes. Recurso del denunciado.	Confirma Res. TDC.
2-7-2003	24-4-2001 Expediente sancionador.	Abuso de posición de dominio de Telefónica Móviles consistente en la elaboración de listas negras de distribuidores y en las presiones sobre Ataxa Group.	Confirma Res. TDC.
15-7-2003	11-3-1999 Renovación autorización singular.	Registro de morosos. Renovación con condiciones en cuanto a la información inscribible.	Confirma Res. TDC.
16-7-2003 Auto	1-4-2002 Expediente sancionador.	Abuso de posición de dominio de Iberia consistente en establecimiento de mecanismo de fidelización a agencias de viaje. Recurso de UCAVE.	Desistimiento.
18-7-2003	11-3-1999 Autorización singular.	Registro de morosos. Autorización con condiciones.	Confirma Res. TDC.
1-9-2003 Auto	29-4-2002 Providencia del sdc.	Providencia del SDC por la que se solicita información en el marco de procedimiento sancionador. TDC estima el recurso.	Recurso caducado.
11-9-2003	6-7-2000 Expediente sancionador.	Entidades de servicios médicos: práctica prohibida consistente en exigir la vinculación en exclusiva de los médicos y clínicas contratados mediante el sistema de seguro voluntario privado en Vizcaya.	Confirma Res. TDC.
11-9-2003	14-3-2000 Archivo.	Supuestas infracciones en convenio entre el Servicio de Salud de Andalucía y el Colegio Nacional de Ópticos. Confirma el archivo del SDC.	Inadmisibilidad.
11-9-2003	25-10-2000 Archivo.	Supuestas infracciones de la Universidad Politécnica de Cataluña (UPC), por organizar unos cursos dirigidos a la obtención de las titulaciones para la navegación de recreo compitiendo deslealmente con las escuelas privadas. Confirma archivo del SDC.	Confirma Res. TDC.
17-9-2003	21-11-2001 Archivo.	Supuestas práctica restrictiva y abuso de posición de dominio de Caja Madrid. TDC confirma el archivo del SDC.	Estimación.



<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
22-9-2003	8-3-2000 Expediente sancionador.	Abuso de posición de dominio de Telefónica consistente en el lanzamiento de la campaña publicitaria los <i>Planes Claros</i> .	Estimación parcial: reducción de la multa.
22-9-2003	23-5-2000 Expediente sancionador.	Asociación de Autoescuelas de Santa Cruz de Tenerife: recomendación colectiva de unos precios mínimos.	Estimación parcial: reducción de la multa.
22-9-2003	22-3-2000 Archivo.	Supuestas infracciones en contratos de empresa explotadora de canteras con diversos municipios propietarios de éstas. Confirma el archivo del SDC.	Confirma Res. TDC.
1-10-2003	29-4-2002 Archivo.	Supuestas prácticas restrictivas consistentes en la comercialización de cava en botellas no conformes a la normativa. Confirma archivo del SDC.	Confirma Res. TDC.
7-10-2003 Auto	10-10-2002	Abuso de posición de dominio de diversos colegios de médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados de defunción. Recurso del Colegio de Valladolid.	Desistimiento.
8-10-2003	30-7-2001 Ampliación de plazo instrucción.	Acuerdo del SDC por el que se amplía el plazo de instrucción. Auto del TDC acepta el desistimiento del recurrente.	Confirma Res. TDC.
10-10-2003	13-4-2000 Expediente sancionador.	Colegio Oficial de Veterinarios de Ciudad Real: práctica prohibida consistente en actos encaminados a limitar territorialmente la actividad profesional de los veterinarios.	Confirma Res. TDC.
11-10-2003	15-11-1999 Recurso contra acto de archivo.	Se confirma archivo de expediente relativo a establecimiento entre varias entidades financieras de un sistema de asesoramiento gratuito durante la campaña de la Renta.	Confirma Res. TDC.
11-10-2003	14-2-2000 Expediente sancionador.	Supuestas conductas abusivas de posición de dominio de Gas Natural consistentes en exigir a ciertos clientes un pago a cuenta y en subir los precios de modo presuntamente abusivo. No se acreditan.	Confirma Res. TDC.
15-10-2003	30-5-2002 Expediente sancionador.	Infracción art. 7 por diversos colegios de APIS.	Confirma Res. TDC.
16-10-2003	19-1-2000 Expediente sancionador.	Acuerdo de la Asociación de Expertos Inmobiliarios por el que se establecieron unas "normas de honorarios" restrictivas de la competencia en cuanto que recomendaban y fijaban precios.	Estimación parcial: reducción de la multa.
20-10-2003	3-6-1997 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.
22-10-2003	5-10-2000 Expediente sancionador.	Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba y de España: prácticas prohibidas consistentes en limitaciones publicitarias. Recurso del Colegio de España.	Confirma Res. TDC.
22-10-2003	31-5-2000 Archivo.	Presunta práctica restrictiva consistente en actos de competencia desleal por la Cámara de Propiedad Urbana de Girona. Confirma archivo del SDC.	Confirma Res. TDC.
27-10-2003 Auto	13-12-2002 Ejecución.	Resolución para la ejecución sentencia.	Desistimiento.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
29-10-2003	18-7-2000 Expediente sancionador.	Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid: práctica restrictiva consistente acuerdo por el que se decidía estampillar los proyectos sometidos al visado del Colegio cuyo presupuesto de obra fuera notoriamente inferior al resultante de la aplicación.	Estimación.
30-10-2003	5-10-2000 Expediente sancionador.	Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba y de España: prácticas prohibidas consistentes en limitaciones publicitarias. Recurso del Colegio de Córdoba.	Estimación parcial: reducción de la multa.
31-10-2003	30-7-2001 Ampliación de plazo instrucción.	Acuerdo del sdc por el que se amplía el plazo de instrucción. Auto del tdc acepta el desistimiento del recurrente.	Confirma Res. TDC.
4-11-2003	3-6-1997 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.
5-11-2003	1-12-2000 Expediente sancionador.	Unión Española de Entidades Aseguradoras: recomendación colectiva de subida de la prima del seguro del automóvil.	Confirma Res. TDC.
5-11-2003	24-4-02	Abuso de posición de dominio Mc Lane/Tabacalera.	Confirma Res. TDC.
11-11-2003	10-4-2000 Archivo.	Supuestas prácticas restrictivas del Ayuntamiento de Villamartín en concesión de los servicios municipales de abastecimiento y saneamiento de agua. Confirma archivo del sdc.	Confirma Res. TDC.
12-11-2003	3-4-2002	Práctica restrictiva de entidades bancarias. Recurso de BBVA.	Confirma Res. TDC.
19-11-2003	3-6-1997 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.
19-11-2003	25-10-2000 Expediente sancionador.	Agencias de viajes: práctica prohibida consistente en la presentación de ofertas idénticas a concurso público. Recurso de Mundosocial AIE.	Confirma Res. TDC.
26-11-2003	2-3-2001 Archivo.	Presunta práctica restrictiva consistente en realizar actividades de limpieza marina y de protección del medio ambiente sin autorización. Confirma archivo del sdc.	Confirma Res. TDC.
3-12-2003	7-7-2000 Archivo.	Presunta práctica restrictiva de entidades bancarias y asociaciones de entidades bancarias consistente en establecer la <i>fecha valor</i> de una operación bancaria. Confirma archivo del sdc.	Confirma Res. TDC.
10-12-2003	25-6-2001 Expediente sancionador.	Seguros médicos: práctica restrictiva consistente en obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores al exigir la exclusividad de los miembros de su cuadro médico.	Confirma Res. TDC.
10-12-2003	26-3-2001 Autorización.	Denegación de autorización de estatutos de cooperativa farmacéutica que establecen obligaciones de compra mínima para los socios.	Confirma Res. TDC.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
17-12-2003	3-6-1997 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.

Al igual que en ejercicios anteriores, es destacable que la gran mayoría de las sentencias de la Audiencia Nacional confirman la resolución dictada por el TDC. Este año, el incremento del número de sentencias ha supuesto un aumento de la importancia relativa de los autos que ponen fin al procedimiento sin entrar en el fondo. Teniendo en cuenta este dato, puede afirmarse que la proporción de sentencias que confirman la resolución dictada por el TDC es similar a la de años anteriores, del mismo modo que el número de sentencias anulatorias sigue siendo mínimo. Las estimaciones parciales se refieren casi exclusivamente a modificaciones de las multas imputadas por el TDC.

A continuación, se detalla de forma esquemática el contenido de las sentencias y autos, numéricamente y en porcentaje, con comparación respecto a los ejercicios anteriores:

	<i>Estadísticas</i>	<i>Confirma Res. TDC</i>	<i>Confirma parcialmente Res. TDC</i>	<i>Anula Res. TDC</i>	<i>Inadmisibilidad Otros</i>	<i>Total</i>
1998	Núm.	25	1	4	1	31
	%	80,70	3,20	12,90	3,20	100
1999	Núm.	16	1	—	1	18
	%	89,00	5,50	—	5,50	100
2000	Núm.	22	6	5	—	33
	%	66,70	18,20	15,10	—	100
2001	Núm.	42	4	1	2	49
	%	85,70	8,20	2,00	4,10	100
2002	Núm.	40	6	—	1	47
	%	86,70	13,00	—	0,03	100
2003	Núm.	57	8	2	11	78
	%	73,08	10,25	2,56	14,11	100



## TRIBUNAL SUPREMO

Se hace 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 vuelve a disminuir de 5 (2001) a 3 (2002) y ahora a 2 (2003).

### 1. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Auto 8-1-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso contra sentencia confirmatoria de resolución que confirma decisión de archivo del sdc relativo a denuncia contra Colegio Notarial de Cataluña.	Casación desierta.
Auto 25-2-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Telefónica contra sentencia confirmatoria de resolución tdc condenatoria por abuso de posición de dominio (demanda 3C Communications).	Inadmisión del recurso de casación.
Sentencia 3-3-2003	Recurso contra Real Decreto.	Recurso interpuesto contra el Real Decreto 658/2001, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía española.	Estimación parcial del recurso. Anulación del art. 63.1.f). Voto particular.
Sentencia 6-3-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Telefónica contra sentencia confirmatoria de resolución tdc condenatoria por abuso de posición de dominio (demanda 3C Communications).	Inadmisión del recurso de casación.
Sentencia 17-3-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por FACONAUTO declarada autora por el tdc de una recomendación colectiva con efecto de fijar precios y de una práctica concertada para la puesta en común de condiciones comerciales contra Sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso.	Inadmisión del recurso de casación.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 11-4-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Empresa mixta de servicios funerarios de Madrid contra desestimación del recurso interpuesto contra resolución del TDC por la que se acuerda la tramitación de expediente sobreseído por el sdc. Recurrente plantea el derecho a la tutela efectiva.	Estimación parcial del recurso. La sentencia casada no examinó la pretensión de nulidad de la resolución TDC por falta de forma. Se desestima la pretensión de infracción derecho de defensa.
Sentencia 30-4-2003	Recurso de casación contra Auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Hidroeléctrica de l'Empordà, S. A., contra auto que deniega la suspensión de resolución TDC condenatoria (publicación y multa).	Inadmisión del recurso de casación.
Sentencia 8-5-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Unión Española de Explosivos, S. A., contra sentencia estimatoria del recurso contra resolución TDC por la que se acuerda la tramitación de expediente sobreseído por el sdc. Abuso de posición de dominio. Mercados conexos y vinculados.	Estimación del recurso. TS aprecia dudas que requieren ser instruidas.
Sentencia 26-5-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra sentencia que estima parcialmente el recurso del Colegio de Arquitectos de Madrid contra resolución TDC. Audiencia Nacional declara nulidad de la multa.	Desestimación del recurso.
Sentencia 1-6-2003	Recurso contra Real Decreto.	Recurso interpuesto contra el Real Decreto 658/2001, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía española.	Desestimación del recurso.
Sentencia 2-6-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Industria Farmacéutica Cantabria, S. A., en relación con Acuerdo entre el Ministerio de Sanidad y Farmaindustria, en contra de la desestimación de la solicitud de nulidad del mismo. Recurrente invoca infracción del art. 1 LDC.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 9-6-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Televisión autonómicas y por la Liga Nacional de Fútbol Profesional contra sentencia desestimatoria del recurso contra la resolución condenatoria del TDC, en relación con la contratación de derechos de emisión de fútbol impidiendo la entrada en el mercado de nuevos operadores (Antena3).	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 7-7-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por REPSOL, BP y CEPSA contra sentencia estimatoria del recurso anulando la resolución del TDC ordenando el desarchivo de la denuncia interpuesta por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 21-7-2003	Recurso de casación contra Auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por la AISGE y la AIE contra auto de suspensión del recurso contencioso-administrativo por el que se acuerda la suspensión parcial de la resolución condenatoria del TDC, en relación a abuso de posición de dominio en la gestión de derechos de propiedad intelectual. Suspensión de la multa pero no de los restantes apartados.	Desestimación del recurso de casación.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 7-10-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso en relación con concierto sobre sistema de facturación de productos farmacéuticos suscrito entre el Consejo General de Farmacéuticos y el Director General de la Tesorería y el Presidente del Insalud. La Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles recurre la sentencia que declara la cobertura por la «excepción legal» de este concierto y su consecuente no sometimiento al art. 1 LDC.	Desestimación del recurso de casación.
Auto 13-11-2003	Recurso contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso contra sentencia desestimatoria que confirma resolución TDC que declara la práctica restrictiva de varias industrias lácteas de recomendación de precios. SODIBER recurre la multa.	Inadmisión del recurso.
Sentencia 5-12-2003	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso de la Federación Española de Fútbol contra sentencia desestimatoria que confirma resolución TDC que declara el abuso de posición de dominio en retransmisión de partidos.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 17-12-2003	Recurso contra Real Decreto	Recurso interpuesto contra el Real Decreto 658/2001, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía española.	Desestimación del recurso.

Además, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado 7 autos en relación con la correspondiente operación de concentración.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Auto 5-3-2003	Recurso contra resolución del Servicio Defensa de la Competencia.	Ejecución de acuerdo Consejo de Ministros que da cumplimiento a sentencia TS en relación a concentración Antena 3 Radio. Alcance de los efectos civiles de la resolución de los negocios pactados entre las partes e pretensión de imposición de mecanismos de compensación.	Estimación parcial del recurso y declaración que determinadas decisiones SDC exceden de lo que es ejecución.
Auto 16-5-2003	Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros.	Recurso contra 2 Acuerdos de Consejo de Ministros mediante los que se subordinaba a determinadas condiciones la operación de concentración VÍA DIGITAL. Se solicita la suspensión cautelar de los acuerdos.	Desestimación del recurso. Voto particular.
Auto 21-5-2003	Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros.	Recurso contra 2 Acuerdos de Consejo de Ministros mediante los que se subordinaba a determinadas condiciones la operación de concentración VÍA DIGITAL. Se solicita la suspensión cautelar de los acuerdos.	Desestimación del recurso. Voto particular.
Auto 17-7-2003	Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros.	Recurso contra 2 Acuerdos de Consejo de Ministros mediante los que se subordinaba a determinadas condiciones la operación de concentración VÍA DIGITAL. Se solicita la suspensión cautelar de los acuerdos.	Desestimación del recurso. Voto particular.
Auto 23-9-2003	Recurso de súplica.	Recurso contra 2 Acuerdos de Consejo de Ministros mediante los que se subordinaba a determinadas condiciones la operación de concentración VÍA DIGITAL. Confidencialidad.	Estimación del recurso.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Auto 29-9-2003	Recurso de súplica.	Recurso contra 2 Acuerdos de Consejo de Ministros mediante los que se subordinaba a determinadas condiciones la operación de concentración VÍA DIGITAL. Ampliación plazos.	Desestimación del recurso.
Auto 13-10-2003	Recurso de súplica.	Recurso contra 2 Acuerdos de Consejo de Ministros mediante los que se subordinaba a determinadas condiciones la operación de concentración VÍA DIGITAL. Aportación documentación.	Estimación del recurso.

## 2. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CIVIL

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 4-2-2003	Recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Oviedo como consecuencia del juicio sobre reclamación de cantidad.	El Tribunal evoca la compatibilidad de la utilización de condiciones generales en el sector de los seguros con las exigencias de la normativa sobre defensa de la competencia.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 27-7-2003	Recurso de casación contra el auto dictado en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Vizcaya del juicio sobre competencia desleal.	Litigio iniciado por la Asociación de Expendedores de Prensa y Revistas en relación con la imposición de condiciones de venta a los vendedores de periódicos y revistas por la distribuidora en exclusiva. La entidad demandada interpone excepción de incompetencia resuelta mediante Auto de la AP de Vizcaya que decretó la incompetencia de la jurisdicción civil y estimó competente al TDC.	Estimación del recurso de casación, anulación del auto y declaración de competencia de la jurisdicción civil.



## 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 2003 ha disminuido muy sensiblemente, siendo el más bajo desde el año 1993. Esta disminución es principalmente debida a la reducción importante de la cifra de notificaciones. Por el contrario, el número de expedientes iniciados por iniciativa de la Comisión ha aumentado. Esta evolución parece apuntar a la filosofía del Reglamento 1/2003. El número de denuncias ha descendido.

A continuación se exponen las cifras relativas a nuevos asuntos desde el año 1992 al 2003, con indicación de su origen (iniciativa de la Comisión, denuncia, notificación) y el total:

Año	Iniciativa Comisión	Denuncia	Notificación	Total
2003	97	94	71	262
2002	91	129	101	321
2001	74	116	94	284
2000	84	112	101	297
1999	77	149	162	388
1998	101	192	216	509
1997	101	177	221	499
1996	94	168	209	471
1995	46	145	368	559
1994	16	140	236	392
1993	27	111	266	404
1992	43	110	246	399

\* En este *Anuario 2003* se han incorporado las estadísticas del año 2003 publicadas en el *XXXIII Informe sobre la política de la competencia*, Documento SEC (2004) 658, de 4 de junio de 2004. Además de estas informaciones se ha utilizado también la disponible en el servidor telemático de la DG de competencia.

## B. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En 2003 ha disminuido, por cuarto año consecutivo, el número de expedientes resueltos. Este descenso a 319 expedientes resueltos nos sitúa en el nivel más bajo desde el año 1992. A pesar de este descenso, el número de expedientes pendientes ha disminuido.

El desdoblamiento entre decisiones formales e informales arroja las siguientes cifras:

<i>Año</i>	<i>Decisiones formales</i>	<i>Procedimiento informal</i>	<i>Total</i>
2003	24	295	319
2002	33	330	363
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 SANCIONADORAS DEL AÑO 2003

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Public.</i>
2-4-2003	38.279	Carnes bovinas francesas	Acuerdo para suspender provisionalmente las importaciones y para aplicar precios mínimos para determinadas categorías de bovinos.	Imposición de multas a cinco federaciones francesas de productores por un total de 16,7 millones €.	IP/03/479 DO L209, de 19-8-2003
21-5-2003	37.451 37.578 37.579	Deutsche Telekom	Abuso de posición de dominio consistente en la imposición a los nuevos operadores de precios no equitativo para el acceso a la bucle local.	Multa de 12,6 millones € a Deutsche Telekom.	IP/03/717 DO L263, de 14-10-2003

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Public.</i>
16-7-2003	37.975	Yamaha	Restricción de los intercambios e imposición de precios mediante contratos de distribución de instrumentos musicales.	Imposición de multas a diversas filiales europeas de Yamaha por un total de 2,56 millones €.	IP/03/1028
16-7-2003	37.233	Wanadoo Interactive	Abuso de posición de dominio consistente en la imposición de precios predatorios en accesos ADSL a Internet.	Multa de 10,35 millones € a Wanadoo Interactive.	IP/03/1025
1-10-2003	37.370	Sorbatos	Acuerdo de precios y de reparto de mercados en el sector de los sorbatos (productos químicos que actúan como conservantes).	Imposición de multas por un total de 138,4 millones € a cuatro empresas. Plena inmunidad a una empresa por haber revelado el cártel y reducción de la multa a una de las sancionadas por cooperación.	IP/03/1330
3-12-2003	38.359	Productos a base de carbono y grafito para aplicaciones eléctricas y mecánicas	Acuerdo para la fijación de precios y reparto de los mercados de Productos a base de carbono y grafito para aplicaciones eléctricas y mecánicas en el EEE.	Imposición de multas por un total de 101,44 millones € a cinco empresas. Plena inmunidad a una empresa por haber revelado el cártel.	IP/03/1651
10-12-2003	37.857	Peróxidos orgánicos	Cártel a escala del EEE de reparto de mercados en el sector de los peróxidos orgánicos.	Imposición de multas por un total de 695 millones € a seis empresas. Plena inmunidad a alguna empresa por haber revelado el cártel o por colaboración.	IP/03/1700
16-12-2003	38.240	Tubos industriales de cobre	Acuerdo para la fijación de precios y reparto de los mercados de tubo de cobre industrial.	Multas a Wieland Werke (20,79 millones €), a KME-group (39,81 millones €) y a Outokumpu (18,13 millones €). Esta última empresa se beneficia de una reducción por su cooperación en la investigación.	IP/03/1746

## 2. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

### A. NUEVOS ASUNTOS

Como en el ámbito de las prácticas restrictivas, se ha reducido sensiblemente el número de expedientes de ayudas públicas abiertos. La Comisión ha registrado en el año 2003, 552 nuevos asuntos, lo que supondría volver a la menor cifra de los últimos cinco años.

Además, los Estados han presentado 203 fichas de información en virtud de los reglamentos de exención por categorías para las pequeñas y medianas empresas, para las ayudas ala formación y para el empleo. En estos sectores el número de notificaciones ha disminuido sensiblemente.

<i>Año</i>	<i>Total expedientes iniciados</i>	<i>Notif.</i>	<i>No notif.</i>	<i>Existentes</i>	<i>Denuncias</i>
2003	552	306	53	18	175
2002	613	349	67	5	192
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, se ha reducido su número por segundo año consecutivo.

<i>Año</i>	<i>Expedientes resueltos</i>
2003	374
2002	444
2001	451
2000	475
1999	444
1998	460
1997	502
1996	474
1995	619

Segue un cuadro de desglose por países. En el último ejercicio, España ha visto reducido el número de expedientes. Esta disminución aparta a España del grupo de países que más casos tiene.

<i>Estado miembro</i>	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Austria	48	32	18	14	26	20	11	14
Bélgica	14	11	22	14	21	24	21	21
Dinamarca	12	16	9	5	5	11	8	9
Alemania	143	194	154	124	122	130	121	84
Grecia	3	5	9	8	1	12	14	10
España	62	53	36	79	79	73	56	30
Finlandia	14	8	8	8	17	7	9	4
Francia	48	38	27	29	47	39	44	45
Irlanda	2	2	2	12	11	7	14	5
Italia	64	63	77	94	61	39	61	52
Luxemburgo	3	1	3	0	2	3	4	2
Países Bajos	37	33	38	24	33	38	25	34
Portugal	10	15	15	8	16	15	13	8
Suecia	7	10	14	8	15	2	5	14
Reino Unido	7	21	18	17	19	31	38	41
Unión Europea	474	502	460	444	475	451	444	374

### 3. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

#### A. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

Se confirma la ruptura observada el año 2001 en la progresión constante sin inflexión que se constataba desde 1994. La disminución del número de notificaciones recibidas es, si cabe, todavía más significativa: de 345 notificaciones en el año 2000 a 212 en el año 2003 (una disminución de aproximadamente el 39 por 100 en tres años).

<i>Año</i>	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Número de notificaciones recibidas	63	60	58	95	110	131	172	235	292	345	335	279	212

#### B. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 231 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 2003. Esta cifra supone, por tercer año con-

secutivo, una importante disminución del número de expedientes resueltos (345 en el año 2000), tras el importante incremento de año 2000, que nos vuelve a situar en las estadísticas de finales de la década de los noventa (238 en el año 1998). 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	2003
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	49	78	90	109	118	207	236	293	299	240	203
6.1.b)	Compatible con el mercado común con condiciones	3	4	—	2	3	—	2	12	19	28	13	10	11
6.1.b)	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros	—	1	—	1	—	—	6	3	1	4	6	9	1
9.3.b)	Remisión total a los Estados miembros	—	—	1	—	—	3	1	1	3	2	1	4	8
9.3.b)	Remisión parcial a los Estados miembros en la fase II	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—
8.2	Compatible con el mercado común	1	1	1	2	2	1	1	2	0	3	5	2	2
8.2	Compatible con el mercado común con condiciones	3	3	2	2	3	3	7	5	8	12	10	5	6
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	231

## 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 2003 en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Se indica su fecha, número de asunto, partes intervinientes y 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>).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
4-3-2003	T-319/99	Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) / Comisión Europea	Competencia. Abuso de posición dominante. Servicio público de salud. Retrasos en el pago de facturas. Denuncia presentada por proveedores. Concepto de empresa.
19-3-2003	T-213/00	CMA CGM, Cho Yang Shipping Co. Ltd, Evergreen Marine Corp. Ltd, Hanjin Shipping Co. Ltd, Hapag-Lloyd Cotainer Linie GmbH, Kawasaki Kisen Kaisha Ltd, Malaysia International Shipping Corporation Berhad, Mitsui osk Lines Ltd, Neptune Orient Lines Ltd, Nippon Yusen Kaisha, Orient Overseas Container Line Ltd, P & O Nedlloyd Container Line Ltd, Senator Lines GmbH, Yang-ming Marine Transport Corp / Comisión Europea	Competencia. Acuerdo entre miembros de una conferencia marítima y compañías marítimas independientes. Gastos y recargos. Base jurídica. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Reglamento (CEE) núm. 1017/68. Mercado pertinente. Prueba de la infracción. Prescripción. Multa.
17-6-2003	T-52/00	Coe Clerici Logistics SpA / Comisión Europea	Competencia. Denuncia. Arts. 82 y 86 CE. Admisibilidad. Servicios portuarios.
9-7-2003	T-220/00	Cheil Jedang Corp / Comisión Europea	Competencia. Prácticas colusorias. Lisina. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Aplicabilidad. Gravedad y duración de la infracción. Volumen de negocios. Circunstancias atenuantes.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
9-7-2003	T-223/00	Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd, Kyowa Hakko Europe GmbH / Comisión Europea	Competencia. Prácticas colusorias. Lisina. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Aplicabilidad. Gravedad de la infracción. Volumen de negocios. Acumulación de sanciones.
9-7-2003	T-224/00	Archer Daniels Midland Company, Archer Daniels Midland Ingredients Ltd / Comisión Europea	Competencia. Prácticas colusorias. Lisina. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Aplicabilidad. Gravedad y duración de la infracción. Volúmenes de negocios. Circunstancias agravantes. Circunstancias atenuantes. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Acumulación de sanciones.
9-7-2003	T-230/00	Daesang Corp, Sewon Europe GmbH / Comisión Europea	Competencia. Prácticas colusorias. Lisina. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Volumen de negocios. Circunstancias atenuantes. Cooperación durante el procedimiento administrativo.
30-9-2003	Asuntos acumulados T-191/98, T-212/98, T-213/98 y T-214/98	Atlantic Container Line AB, Cho Yang Shipping Co. Ltd, DSR-Senator Lines GmbH, Hanjin Shipping Co. Ltd, Hapag Lloyd AG, Hyundai Merchant Marine Co. Ltd, A.P. Møller-Mærsk Line, Mediterranean Shipping Co., S. A., Orient Overseas Container Line (UK) Ltd, Polish Ocean Lines (POL), P & O Nedlloyd Ltd, Sea-Land Service Inc., Neptune Orient Lines Ltd, Nippon Yusen Kaisha, Transportación Marítima Mexicana, S. A., de cv, Tecomar SA de cv / Comisión Europea	Competencia. Conferencias marítimas. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Exención por categorías. Exención individual. Posición dominante colectiva. Abuso. Contratos de servicios. Adhesión a la Conferencia. Efectos en la estructura de la competencia. Revocación de la exención por categoría. Multas. Derechos de la defensa.
30-9-2003	T-203/01	Manufacture française des pneumatiques Michelin / Comisión Europea	Art. 82 CE. Sistemas de descuentos. Abuso.
23-10-2003	T-65/98	Van den Bergh Foods Ltd / Comisión Europea	Recurso de anulación. Competencia. Arts. 81 y 82 CE. Helados de consumo impulsivo. Suministro de arcones congeladores a los minoristas. Cláusula de exclusiva. Obstáculos a la entrada en el mercado. Derecho de propiedad. Art. 295 CE.
21-10-2003	T-368/00	General Motors Nederland bv, Opel Nederland bv / Comisión Europea	Competencia. Distribución de vehículos automóviles. Art. 81 CE. Reglamentos (CEE) núm. 123/85 y (CE) núm. 1475/95. Compartimentación. Estrategia global orientada a limitar las exportaciones. Restricción del abastecimiento. Sistema de restricción de primas. Prohibición de las exportaciones. Multa. Gravedad y duración de la infracción. Proporcionalidad. Directrices para el cálculo de las multas.
3-12-2003	T-208/01	Volkswagen AG / Comisión Europea	Competencia. Distribución de vehículos automóviles. Art. 81 CE, apartado 1. Acuerdo sobre los precios. Concepto de acuerdo. Prueba de la existencia de un acuerdo.



<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
11-12-2003	T-66/99	Minoan Lines, S. A. / Comisión Europea	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Inspección de locales de una sociedad distinta de la destinataria de la decisión de inspección. Art. 81.1 CE. Normativa estatal sobre el transporte marítimo y práctica de las autoridades públicas. Aplicabilidad del art. 81 CE. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Aplicación de las Directrices para el cálculo de las multas.
11-12-2003	T-65/99	Strintzis Lines Shipping S. A. / Comisión Europea	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Inspección de locales de una sociedad distinta de la destinataria de la decisión de inspección. Art. 81.1 CE. Normativa estatal sobre el transporte marítimo y práctica de las autoridades públicas. Aplicabilidad del art. 81 CE. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Aplicación de las Directrices para el cálculo de las multas.
11-12-2003	T-61/99	Adriatica di Navigazione SpA / Comisión Europea	Competencia. Art. 81.1 CE. Definición del mercado de referencia. Motivación. Acuerdo de fijación de precios. Prueba de la participación en las prácticas colusorias. Prueba del distanciamiento. Principio de no discriminación. Multas. Criterios de determinación.
11-12-2003	T-59/99	Ventouris Group Enterprises, S. A. / Comisión Europea	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Inspección de locales de una sociedad distinta de la destinataria de la decisión de inspección. Art. 81.1 CE. Fijación de precios. Prueba de la infracción. Error en la apreciación de los hechos. Multas. Proporcionalidad. Circunstancias atenuantes.
11-12-2003	T-56/99	Marlines, S. A. / Comisión Europea	Competencia. Art. 81.1 CE. Fijación de los precios. Prueba de la participación en un acuerdo. Duración. Error de apreciación de los hechos.
16-12-2003	T-5/00 y T-6/00	Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie bv / Comisión Europea	Prácticas colusorias. Venta de material electrónico en los Países Bajos. Asociación nacional de mayoristas. Acuerdos colectivos de exclusividad y de fijación de precios. Multas.
17-12-2003	T-219/99	British Airways plc / Comisión Europea	Competencia. Abuso de posición dominante. Competencia de la Comisión. Discriminación entre compañías aéreas. Mercado sectorial y geográfico relevante. Vínculo de conexión entre los mercados sectoriales supuestamente afectados. Base jurídica de la decisión impugnada. Existencia de posición dominante. Explotación abusiva de la posición dominante. Proporcionalidad del importe de la multa.

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación del pronunciamient del Tribunal de Primera Instancia.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
4-3-2003	T-319/99	Desestimar el recurso.
19-3-2003	T-213/00	1) Anular el art. 4 de la Decisión 2000/627/CE de la Comisión, de 16 de mayo de 2000, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [asunto IV/34.018-Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA)]. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
17-6-2003	T-52/00	Desestimar el recurso.
9-7-2003	T-220/00	1) Fijar en 10.080.000 euros el importe de la multa impuesta a Cheil Jedang Corp. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
9-7-2003	T-223/00	Desestimar el recurso.
9-7-2003	T-224/00	1) Fijar en 43.875.000 euros el importe de la multa impuesta solidariamente a Archer Daniels Midland Company y a Archer Daniels Midland Ingredients Ltd. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
9-7-2003	T-230/00	1) Fijar en 7.128.240 euros el importe de la multa impuesta solidariamente a Daesang Corp. y a Sewon Europe GmbH. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
30-9-2003	Asuntos acumulados T-191/98, T-212/98, T-213/98 y T-214/98	1) Anular el art. 5 de la Decisión 1999/243/EC de la Comisión, de 16 de septiembre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo los arts. 81 y 82 del Tratado CE (asunto IV/35.134-Trans-Atlantic Conference Agreement). 2) Anular el art. 6 de la Decisión 1999/243 en tanto en cuanto se aplica a la divulgación mutua por las requirentes de la existencia y del contenido de sus contratos de servicios individuales. 3) Anular el art. 7 de la Decisión 1999/243 en tanto en cuanto ello es requerido por la anulación de los arts. 5 y 6. 4) Anular el art. 8 de la Decisión 1999/243. 5) Desestimar el recurso en todo lo demás.
30-9-2003	T-203/01	Desestimar el recurso.
23-10-2003	T-65/98	Desestimar el recurso por infundado.
21-10-2003	T-368/00	1) Anular la Decisión 2001/146/CE de la Comisión, de 20 de septiembre de 2000, relativa a un procedimiento incoado en virtud del art. 81 del Tratado CE (COMP/36.653-Opel), en la parte en que constata la existencia de una medida de restricción del abastecimiento contraria al art. 81 CE, apartado 1. 2) Reducir a 35.475.000 euros el importe de la multa impuesta a las demandantes por el art. 3 de la Decisión impugnada. 3) Desestimar el recurso en todo lo demás.
3-12-2003	T-208/01	Anular la Decisión 2001/711/CE de la Comisión, de 29 de junio de 2001, en un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE (asunto COMP/F-2/36.693-Volkswagen).
11-12-2003	T-66/99	Desestimar el recurso.
11-12-2003	T-65/99	Desestimar el recurso.
11-12-2003	T-61/99	1) Fijar en 245.000 euros el importe de la multa impuesta a Adriatica di Navigazione SpA. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
11-12-2003	T-59/99	1) Fijar en 252.500 euros el importe de la multa impuesta a Ventouris Group Enterprises, S. A. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
11-12-2003	T-56/99	Desestimar el recurso.
16-12-2003	T-5/00 y T-6/00	Desestimar los recursos.
17-12-2003	T-219/99	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>
25-2-2003	T-15/02	BASF / Comisión Europea	Intervención.
27-3-2003	T-398/02	Línea GIG / Comisión Europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Competencia. Pago de multa. Garantía bancaria. Urgencia. Circunstancias excepcionales. Ponderación de intereses.
4-6-2003	T-224/99	The European Council of Transport Users ASBL, The Freight Transport Association Ltd, Association des utilisateurs de transport de fret (AUTF), Industriförbundet / Comisión Europea	Recurso de anulación. Recurso que queda sin objeto. Sobreseimiento. Reglamento (CEE) núm. 1017/68 relativo a la aplicación de las reglas de competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, carretera y vías navegables.
30-10-2003	Asuntos Acumulados T-125/03 y T-253/03	Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd / Comisión Europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Competencia. Facultades de inspección de la Comisión. Protección de la confidencialidad. Correspondencia entre abogados y clientes. Límites.
7-11-2003	T-198/03	Bank Austria Creditanstalt AG / Comisión Europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Admisibilidad. Competencia. Publicación de una decisión que impone una multa. Urgencia. Inexistencia.

A continuación se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
25-2-2003	T-15/02	Desestimar la demanda de intervención.
27-3-2003	T-398/02	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
4-6-2003	T-224/99	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
30-10-2003	Asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03	1) Acumular los asuntos T-125/03 R y T-253/03 R a efectos del presente auto. 2) Admitir las intervenciones del Council of the Bars and Law Societies of the European Union, del Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten y de la European Company Lawyers Association en los asuntos T-125/03 R y T-253/03 R.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
		3) Estimar, en la fase del procedimiento sobre medidas provisionales, las solicitudes de tratamiento confidencial presentadas por las demandantes en relación con determinados documentos obrantes en los autos de los asuntos T-125/03 R y T-253/03 R y referidos como tales en el escrito de la Secretaría a las demandantes fechado el 16 de septiembre de 2003. 4) Desestimar la demanda de medidas provisionales en el asunto T-125/03 R. 5) Dejar constancia de la declaración de la Comisión según la cual no permitirá a terceros tener acceso a los documentos de la serie B hasta que se dicte sentencia en el procedimiento principal en el asunto T-253/03. 6) En el asunto T-253/03 R, suspender la ejecución del art. 2 de la Decisión de la Comisión, de 8 de mayo de 2003, relativa a una solicitud de protección por secreto profesional (asunto COMP/E-1/38.589), hasta que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie en el procedimiento principal. 7) El sobre lacrado que contiene los documentos de la serie A será conservado por la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia hasta que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie en el procedimiento principal. 8) Desestimar en todo lo demás la demanda de medidas provisionales en el asunto T-253/03 R.
7-11-2003	T-198/03	Desestimar la demanda.

## 2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TPI durante el año 2003 en aplicación de las normas de la competencia relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha, asunto, partes intervinientes y 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>
10-4-2003	T-366/00	Scott S. A. / Comisión Europea	Recurso de anulación. Ayuda de Estado. Reglamento (CE) núm. 659/1999. Art. 15. Plazo de prescripción. Recuperación de la ayuda. Acto que interrumpe la prescripción.
10-4-2003	T-369/00	Département du Loiret / Comisión Europea	Recurso de anulación. Ayuda de Estado. Reglamento (CE) núm. 659/1999. Art. 15. Plazo de prescripción. Recuperación de la ayuda. Acto que interrumpe la prescripción.
6-3-2003	Asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99	Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen / Comisión Europea	Ayudas de Estado. Incompetencia de la Comisión. Violación del derecho de defensa. Vicios sustanciales de forma. Concepto de ayuda. Infracción de los arts. 87 CE y 295 CE. Inversor en una economía de mercado. Tasa de remuneración adecuada. Incumplimiento de la obligación de motivación.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
5-8-2003	T-116/01 y T-118/01	P & O European Ferries (Vizcaya), S. A., Diputación Foral de Vizcaya / Comisión Europea	Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Decisión por la que se archiva un procedimiento de examen incoado en virtud del art. 88.2 CE. Concepto de ayuda de Estado. Compra de servicios por el Estado a precio de mercado. Ayudas de carácter social otorgadas sin discriminaciones basadas en el origen de los productos. Falta de requerimiento al Estado miembro para que comunique la información necesaria. Obligación de devolver las ayudas. Confianza legítima de los beneficiarios. Motivación.
30-9-2003	T-26/01	Fiocchi munizioni SpA / Comisión Europea	Arts. 296 y 298 CE. Ayuda de Estado concedida a una empresa de producción militar. Denuncia. Recurso por omisión. Inadmisibilidad.
16-10-2003	T-148/00	The Panhellenic Union of Cotton Ginners and Exporters / Comisión Europea	Ayudas de Estado. Exacción compensatoria. Modo de financiación de las ayudas. Régimen de ayudas comunitarias en favor del algodón. Recurso de anulación. Admisibilidad. Actos recurribles. Negativa de la Comisión a continuar un procedimiento por incumplimiento. Principio de autonomía de las distintas vías de recurso.
27-11-2003	T-190/00	Regione Siciliana / Comisión Europea	Ayudas de Estado. Créditos de gestión. Admisibilidad. Plazo para recurrir. Acto confirmatorio. Recurso de anulación. Ayuda existente o ayuda nueva. Principio tempus regis actum. Ayuda a la exportación. Ayuda de funcionamiento. Plazo razonable.

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
10-4-2003	T-366/00	1) Desestimar el recurso de anulación del art. 2 de la Decisión 2002/14/CE de la Comisión, de 12 de julio de 2000, en la medida en que se basa en la infracción por la Comisión del art. 15 del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 88 CE. 2) Continuar el procedimiento en lo demás.
10-4-2003	T-369/00	1) Desestimar el recurso de anulación del art. 2 de la Decisión 2002/14/CE de la Comisión, de 12 de julio de 2000, en la medida en que se basa en la infracción por la Comisión del art. 15 del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 88 CE. 2) Continuar el procedimiento en lo demás.
6-3-2003	Asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99	Anular 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 (WestLB).
5-8-2003	T-116/01 y T-118/01	Desestimar los recursos.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
30-9-2003	T-26/01	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
16-10-2003	T-148/00	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
27-11-2003	T-190/00	Desestimar el recurso.

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>
30-4-2003	T-167/01	Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH / Comisión europea	Recurso de anulación. Interés en ejercitar la acción. Decisión de la Comisión por la que se ordena la recuperación de ayudas de Estado. Recurso interpuesto por una empresa que ha adquirido activos de una sociedad obligada a la devolución de las ayudas. Inadmisibilidad.
16-5-2003	T-140/03	Forum 187 ASBL / Comisión europea	Declinación de competencia.
2-6-2003	T-276/02	Forum 187 ASBL / Comisión europea	Ayuda de Estado. Régimen fiscal. Ayuda existente.
25-6-2003	T-41/01	Rafael Pérez Escolar / Comisión europea	Ayudas de Estado. Denuncia. Recurso por incumplimiento. Legitimación. Admisibilidad.
1-8-2003	T-198/01	Technische Glaswerke Ilmenau GmbH / Comisión Europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Ayuda de Estado. Obligación de recuperación. <i>Fumus boni iuris</i> . Urgencia. Ponderación de intereses. Circunstancias excepcionales. Suspensión provisional.
23-11-2003	T-130/02	Kronoply GmbH & Co. KG / Comisión europea	Ayudas de Estado. Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión. Solicitud de corrección de una Decisión que declara una ayuda compatible con el mercado común. Respuesta de la Comisión. Carácter no decisorio. Recurso de anulación. Inadmisibilidad.

A continuación se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
30-4-2003	T-167/01	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
16-5-2003	T-140/03	Declinar su competencia en el asunto T-140/03, Forum 187/Comisión, en beneficio del Tribunal de Justicia, para que éste pueda pronunciarse sobre el recurso de anulación.
2-6-2003	T-276/02	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
25-6-2003	T-41/01	Declarar la inadmisibilidad del recurso.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
1-8-2003	T-198/01	<p>1) Se suspende la ejecución, hasta el 17 de febrero de 2004, del art. 2 de la Decisión 2002/185/CE de la Comisión, de 12 junio de 2001, relativa a una ayuda de Estado concedida por Alemania a Technische Glaswerke Ilmenau GmbH.</p> <p>2) Esta suspensión está supeditada a las condiciones siguientes: primero, que las cuatro condiciones impuestas en el punto 2 de la parte dispositiva del Auto dictado en el asunto T-378/02 R sean cumplidas por la recurrente, en particular, en cuanto a las fechas que en el mismo se indica; segundo, que la recurrente reembolse a la Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, antes del 31 de diciembre de 2003, una cuantía adicional de 256.000 euros y que deposite en el Tribunal y en la Comisión, en un plazo de una semana tras del reembolso y a más tardar el 7 de enero de 2004, un documento justificativo del mencionado reembolso; tercero, que deposite en el Tribunal y en la Comisión, a más tardar el 6 de febrero de 2004, un informe contable detallado sobre la situación financiera a 31 de diciembre de 2003, en particular, sobre la cuantía suplementaria que estaría en disposición de pagar antes del 30 de junio de 2004, a más tardar, en caso de que la sentencia en el asunto principal no hubiera sido dictada en esa fecha.</p>
23-11-2003	T-130/02	Declarar la inadmisibilidad del recurso.

### 3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relaciona a continuación la sentencia dictada por el TPI durante el año 2003 en aplicación de las normas relativas a concentraciones. Se indica su fecha, número de asunto, partes intervinientes y materia sobre la que versa. Esta sentencia 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>
3-4-2003	T-114/02	BaByliss S. A. / Comisión Europea	Competencia. Concentraciones. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Recurso interpuesto por un tercero. Admisibilidad. Compromisos durante la primera fase de examen. Licencia de marca. Modificaciones de los compromisos. Plazos. Ayuda económica concedida por el Estado. Precio de compra irrisorio. Existencia de serias dudas sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común. Inexistencia de compromiso en mercados que presentan serios problemas de competencia.
3-4-2003	T-119/02	Royal Philips Electronics nv / Comisión Europea	Competencia. Concentraciones. Admisibilidad. Compromisos durante la primera fase de examen. Dudas serias sobre la compatibilidad con el mercado común. Reenvío parcial a las autoridades nacionales.
3-4-2003	T-342/00	Petrolescence SA, Société de gestion de restauration Rouiti��re, S. A. (SG2R) / Comisión Europea	Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara compatible con el mercado común una concentración. Sector del petróleo. Compromisos. Decisión por la que se deniega la autorización de cesionarios. Inadmisibilidad. Acto obligatorio y definitivo. Vicio sustancial de forma. Plazos procedimentales de respuesta. Error de apreciación.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
8-7-2003	T-374/00	Verband der freien Rohrwerke eV, Eisen— und Metallwerke Ferndorf GmbH, Rudolf Flen-der GmbH & Co. KG / Comisión Europea	Control de las concentraciones. Concentración comprendida en parte dentro del ámbito del Tratado CECA y en parte dentro del ámbito del Tratado CE. Decisión de autorización adoptada con arreglo al art. 66.2 CECA. Decisión de compatibilidad con el mercado común con arreglo al art. 6.1.b) del Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Requisitos de admisibilidad según el Tratado CECA y según el Tratado CE. Relación entre los regímenes de control de las concentraciones establecidos por el Tratado CECA y por el Tratado CE. Obligación de motivación. Error de apreciación.
30-9-2003	T-158/00	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) / Comisión Europea	Competencia. Concentraciones. Admisibilidad. Mercados de la televisión de pago y de servicios de televisión digital interactiva. Serias dudas sobre la compatibilidad con el mercado común. Compromisos adoptados durante la primera fase de control. Plazos. Modificación de los compromisos. Insuficiencia de los compromisos.
30-9-2003	Asuntos acumulados T-346/02 y T-347/02	Cableuropa, S. A.; Región de Murcia de Cable, S. A.; Valencia de Cable, S. A.; Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S. A.; Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S. A.; Aunacable, S. A.; Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León (Retecal), S. A.; Euskaltel, S. A.; Telecable de Avilés, S. A.; Telecable de Oviedo, S. A.; Telecable de Gijón, S. A.; R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S. A.; Tenaria, S. A. / Comisión Europea	Competencia. Control de las concentraciones entre empresas. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión de remitir el asunto a las autoridades nacionales. Concepto de mercado definido.

A continuación se relaciona la anterior sentencia con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
3-4-2003	T-114/02	1) Anular la Decisión sg (2002) D/228078 de la Comisión, de 8 de enero de 2002, por la que la Comisión decidió no oponerse a la operación de concentración entre SEB y Moulinex y declararla compatible con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, a condición de que se respeten los compromisos propuestos (asunto COMP/M.2621-SEB/Moulinex), por lo que respecta a los mercados de Italia, España, Finlandia, Reino Unido e Irlanda. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
3-4-2003	T-119/02	Desestimar el recurso.
3-4-2003	T-342/00	Desestimar el recurso por infundado.



Fecha	Asunto	Pronunciamiento
8-7-2003	T-374/00	1) Declarar la inadmisibilidad del recurso en la parte que pretende que se anule la Decisión COMP/CECA.1336, de 14 de septiembre de 2000. 2) Declarar el recurso admisible y desestimarlos en la parte que pretende que se anule la Decisión COMP/M.2045, de 5 de septiembre de 2000.
30-9-2003	T-158/00	Desestimar el recurso.
30-9-2003	Asuntos acumulados T-346/02 y T-347/02	1) Acumular los asuntos T-346/02 y T-347/02 a efectos de la sentencia. 2) Desestimar los recursos.

**RESUMEN DE LA COMPETENCIA ATICABLES A LAS EMPRESAS**

Se relacionan a continuación las sentencias y autos dictados por el Tribunal de Primera Instancia en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas de índole económica, incluidas las financieras, y dictados sobre el que versa. No obstante, contra la jurisdicción en la República, y para de ser la oficial, ya que se permite con arreglo y esta excepción. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en el sitio web <http://www.ec.europa.eu/competition/index>.

Fecha	Asunto	Referencia	Materia
14-10-2003	T-102/03	Asunto T-102/03	Competencia de la Comisión en materia de ayudas estatales.
14-10-2003	T-103/03	Asunto T-103/03	Competencia de la Comisión en materia de ayudas estatales.
14-10-2003	T-104/03	Asunto T-104/03	Competencia de la Comisión en materia de ayudas estatales.
14-10-2003	T-105/03	Asunto T-105/03	Competencia de la Comisión en materia de ayudas estatales.



## 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 2003 en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Se indica su fecha, asunto, partes intervinientes y 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>).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
12-6-2003	C-97/01	Comisión Europea / Gran Ducado de Luxemburgo	Incumplimiento de Estado. Telecomunicaciones. Servidumbres de paso. Falta de adaptación efectiva del Derecho interno a la Directiva 90/388/CEE.
9-9-2003	C-137/00	Milk Marque Ltd, National Farmers' Union / The Competition Commission, Secretary of State for Trade and Industry, The Director General of Fair Trading	Política agrícola común. Arts. 32 a 38 CE. Reglamento (CEE) núm. 804/68. Organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos. Precio indicativo de la leche. Reglamento núm. 26. Aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas. Facultad de los Estados miembros de aplicar las normas sobre la competencia nacionales a los productores de leche que hayan elegido organizarse en cooperativas y que dispongan de poder de mercado.
9-9-2003	C-198/01	Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	Derecho de la competencia. Normativa nacional contraria a la competencia. Facultad de la autoridad nacional de defensa de la competencia de excluir la aplicación de dicha normativa. Requisitos de inimputabilidad a las empresas de los comportamientos contrarios a la competencia.
11-9-2003	C-207/01	Altair Chimica SpA / ENEL Distribuzione SpA	Competencia. Posición dominante. Suministro de electricidad. Facturación de un sobreprecio.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
18-9-2003	C-338/00	Volkswagen AG / Comisión Europea	Recurso de casación. Competencia. Distribución de vehículos automóviles. Compartimentación. Art. 81 CE. Reglamento (CEE) núm. 123/85. Imputabilidad de la infracción a la empresa afectada. Derecho a ser oído. Obligación de motivación. Consecuencias jurídicas de una divulgación a la prensa. Incidencia de la regularidad de la notificación en la cuantía de la multa. Adhesión a la casación.
27-11-2003	C-34/01 a C-38/01	Enirisorce SpA / Ministero delle Finanze	Empresas públicas. Atribución a empresas públicas de una parte de una tasa portuaria abonada al Estado. Competencia. Abuso de posición dominante. Ayuda de Estado. Exacción de efecto equivalente. Tributo interno. Libre circulación de mercancías.

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
12-6-2003	C-97/01	Declarar que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben, al no haber garantizado la adaptación efectiva de su Derecho interno al art. 4 quinquies de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 96/19/CE de la Comisión.
9-9-2003	C-137/00	<p>1) Los arts. 32 a 38 CE y los Reglamentos núm. 26 del Consejo, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, y (CEE) núm. 804/68 del Consejo, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1587/96 del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que, en el ámbito regulado por la organización común del mercado de la leche y de los productos lácteos, las autoridades nacionales son competentes, en principio, para aplicar su Derecho nacional de la competencia a una cooperativa de productores de leche que ocupa una posición fuerte en el mercado nacional.</p> <p>Cuando las autoridades nacionales en materia de competencia actúan en el ámbito regulado por la organización común del mercado de la leche y de los productos lácteos, tienen que abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda ser contraria o establecer excepciones a dicha organización común.</p> <p>En concreto, las medidas que en el ámbito regulado por la organización común del mercado de la leche y de los productos lácteos adopten las autoridades nacionales en materia de competencia no pueden producir efectos que obstaculicen el funcionamiento de los mecanismos establecidos por esta organización común. No obstante, la circunstancia de que los precios aplicados por una cooperativa lechera ya fueran inferiores al precio indicativo de la leche antes de la intervención de dichas autoridades no basta, por sí sola, para que las medidas adoptadas por éstas respecto a dicha cooperativa en virtud de su Derecho nacional de la competencia se consideren ilegales a efectos del Derecho comunitario.</p> <p>Por otro lado, tales medidas no ponen en peligro los objetivos de la política agrícola común definidos en el art. 33 CE, apartado 1. A este respecto, las autoridades nacionales en materia de competencia están obligadas, en su caso, a garantizar la conciliación que pueden exigir las posibles contradicciones entre los distintos objetivos contemplados en el art. 33 CE, sin conceder tal importancia a uno de ellos que resulte imposible la consecución de los demás.</p>

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>2) La función del precio indicativo de la leche previsto en el art. 3, apartado 1, del Reglamento núm. 804/68, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1587/96, no se opone a que las autoridades nacionales en materia de competencia utilicen este precio indicativo, como elemento de comparación de las variaciones de los precios efectivos, con el fin de estudiar el poder de una empresa agrícola en el mercado.</p> <p>3) Las normas del Tratado en materia de libre circulación de mercancías no se oponen a que las autoridades competentes de un Estado miembro, al aplicar su Derecho nacional de la competencia, prohíban a una cooperativa lechera que ocupa una posición fuerte en el mercado celebrar contratos para la transformación, por cuenta propia, de la leche producida por sus socios, incluidos los celebrados con empresas establecidas en otros Estados miembros.</p> <p>4) Los arts. 12 y 34.2, párrafo segundo, CE no se oponen a la adopción de medidas como las controvertidas en el litigio principal respecto a una cooperativa lechera que ocupa una posición fuerte en el mercado y explota esta posición en contra del interés público, por más que en otros Estados miembros se permita que operen importantes cooperativas lecheras integradas verticalmente.</p>
9-9-2003	C-198/01	<p>1) Ante comportamientos de empresas contrarios al art. 81.1 CE que vienen impuestos o se ven favorecidos por una normativa nacional que legitima o refuerza sus efectos, en concreto por lo que atañe a la fijación de los precios y al reparto del mercado, una autoridad nacional de defensa de la competencia, que tiene encomendada, entre otras, la tarea de velar por el respeto del art. 81 CE:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— está obligada a excluir la aplicación de dicha normativa nacional;</li> <li>— no puede imponer sanciones a las empresas implicadas por comportamientos realizados cuando era la propia normativa nacional la que exigía dichos comportamientos;</li> <li>— puede imponer sanciones a las empresas implicadas por sus comportamientos posteriores a la decisión de excluir la aplicación de dicha normativa nacional, una vez que esta decisión se ha convertido en definitiva frente a ellas;</li> <li>— puede imponer sanciones a las empresas implicadas por comportamientos realizados cuando la citada normativa nacional simplemente los fomentaba o facilitaba, siempre que tenga debidamente en cuenta las particularidades del marco normativo en el que actuaron las empresas.</li> </ul> <p>2) Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, a efectos del art. 81.1 CE, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que confiere a un ministerio la competencia para fijar el precio de venta al por menor de un producto y atribuye a un consorcio al que deben pertenecer obligatoriamente los productores correspondientes la facultad de repartir la producción entre las empresas, deja subsistir la posibilidad de una competencia que todavía puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las citadas empresas.</p>
11-9-2003	C-207/01	<p>Tanto los arts. 81, 82 y 85 CE, como la Directiva 92/12/CEE del Consejo, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, en su versión modificada por la Directiva 96/99/CE del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé la percepción de suplementos del precio de la electricidad como los controvertidos en el litigio principal cuando la electricidad se utiliza en un proceso electroquímico; y la Recomendación 81/924/CEE del Consejo, relativa a las estructuras tarifarias para la energía eléctrica en la Comunidad, no impide que un Estado miembro perciba dichos suplementos.</p>
18-9-2003	C-338/00 P	Desestimar el recurso de casación y la adhesión a la casación.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
27-11-2003	C-34/01 a C-38/01	<p>1) Una medida por la que un Estado miembro atribuye a una empresa pública una parte considerable de una tasa, como la tasa portuaria controvertida en el litigio principal, debe calificarse de ayuda de Estado a efectos del art. 87.1 CE, en la medida en que afecte a los intercambios entre Estados miembros, siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— la atribución de la tasa no esté vinculada a una misión de servicio público claramente definida, y/o</li> <li>— el cálculo de la compensación supuestamente necesaria para el cumplimiento de dicha misión no haya sido efectuado sobre la base de parámetros previamente definidos de forma objetiva y transparente, para evitar que esta compensación confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa pública de que se trate respecto a las empresas competidoras.</li> </ul> <p>No solamente la atribución de una parte de la tasa a la empresa pública, sino también el cobro a los usuarios de la parte correspondiente al importe así atribuido, puede constituir una ayuda de Estado incompatible con el mercado común. Si esta ayuda no ha sido notificada, el órgano jurisdiccional nacional debe tomar todas las medidas necesarias, con arreglo a su Derecho nacional, para impedir tanto la atribución de una parte de la tasa a las empresas beneficiarias como su cobro.</p> <p>El eventual carácter ilegal del cobro y de la atribución de la tasa portuaria sólo afecta a la parte de los ingresos recaudados con la tasa que es transferida a la empresa pública y no afecta a la tasa en su totalidad.</p> <p>2) Una tasa como la tasa portuaria controvertida en el litigio principal constituye un tributo interno a efectos del art. 90 CE, al que no se aplican las disposiciones de los arts. 25 y 28 CE. Si no existe discriminación alguna respecto a los productos procedentes de otros Estados miembros, la medida mediante la que un Estado miembro prevé el cobro de dicha tasa y la atribución de una parte considerable de los ingresos recaudados con esta tasa a una empresa pública, sin que el importe así atribuido corresponda a un servicio efectivamente prestado por ésta, no infringe las disposiciones del referido art. 90.</p>

También hay que reseñar la adopción de los siguientes autos adoptados en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
24-7-2003	C-233/03	Linea GIG Srl in liquidazione / Comisión Europea	Recurso de casación. Procedimiento de medidas provisionales. Competencia económica. Pago de una multa. Garantía bancaria. Ponderación de intereses.
10-10-2003	C-204/02	Colin Joynson / Comisión Europea	Recurso de casación. Acuerdos. Contratos tipo de arrendamiento de dispensadores de bebidas. Recurso manifiestamente inadmisibile.

A continuación se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
24-07-2003	C-233/03	Desestimar el recurso de casación.
10-10-2003	C-204/02	Desestimar el recurso.

## 2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TJCE durante el año 2003 en aplicación de las normas relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha, asunto, partes intervinientes y 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>
13-2-2003	C-409/00	Reino de España / Comisión Europea	Ayudas de Estado. Repercusión en la competencia y los intercambios entre Estados miembros. Directrices sectoriales y directrices sobre ayudas a favor del medio ambiente.
8-5-2003	C-328/99 y C-399/00	République italienne y SIM 2 Multimedia SpA / Comisión Europea	Recurso de anulación. Decisión 2000/536/CE. Ayuda estatal a favor de Seleo SpA.
26-6-2003	C-404/00	Comisión Europea / Reino de España	Incumplimiento de Estado. Ayudas de Estado. Reglamento (CE) núm. 1013/97. Ayudas en favor de astilleros de titularidad pública. Decisión 2000/131/CE de la Comisión, mediante la que se ordena la devolución. Falta de ejecución.
3-7-2003	C-457/00	Reino de Bélgica / Comisión Europea	Ayudas de Estado. Ayudas en favor del grupo belga Verlipack. Sector del vidrio hueco para envases.
3-7-2003	C-83/01, C-93/01 y C-94/01	Chronopost S. A., La Poste, République française / Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) SNC, CRIE S. A., Comisión de las Comunidades Europeas	Recurso de casación. Ayudas de Estado. Sector postal. Empresa pública encargada de un servicio de interés económico general. Apoyo logístico y comercial a una filial que no opera en un sector reservado. Concepto de ayuda de Estado. Criterio del operador privado que actúa en condiciones normales de mercado.
30-9-2003	C-301/96	República Federal de Alemania / Comisión Europea	Ayudas de Estado. Decisión 96/666/CE. Compensación de las desventajas económicas causadas por la división de Alemania. Perturbación grave de la economía de un Estado miembro. Desarrollo económico regional.
30-9-2003	C-57/00 y C-61/00	Freistaat Sachsen, Volkswagen AG et Volkswagen Sachsen GmbH / Comisión Europea	Ayudas de Estado. Compensación de las desventajas económicas que resultan de la división de Alemania. Grave perturbación en la economía de un Estado miembro. Desarrollo económico regional. Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en el sector de los vehículos de motor.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
21-10-2003	C-261/01 y C-262/01	Belgische Staat / Eugene van Calster, Felix Cleeren y Belgische Staat / Openbaar Slachthuis nv	Ayudas financiadas mediante exacciones parafiscales. Cotizaciones obligatorias en favor de un Fondo para la sanidad y la producción de animales. Cotización con carácter retroactivo. Validez de una decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado. Competencia de la Comisión.
20-11-2003	C-126/01	Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie / GEMO, S.A.	Ayudas de Estado. Sistema de financiación de un servicio público de recogida y eliminación de animales muertos mediante una tasa sobre las compras de carne. Interpretación del art. 87 CE.
27-11-2003	C-34/01 a C-38/01	Enirisorce SpA / Ministero delle Finanze	Empresas públicas. Atribución a empresas públicas de una parte de una tasa portuaria abonada al Estado. Competencia. Abuso de posición dominante. Ayuda de Estado. Exacción de efecto equivalente. Tributo interno. Libre circulación de mercancías.

En el cuadro siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
13-2-2003	C-409/00	Anular los arts. 2 y 4 de la Decisión 2001/605/CE de la Comisión, relativa al régimen de ayudas aplicado por España para la adquisición de vehículos industriales mediante el Convenio de colaboración de 26 de febrero de 1997 entre el Ministerio de Industria y Energía y el Instituto de Crédito Oficial.
8-5-2003	C-328/99 y C-399/00	1) Anular el art. 2.1 de la Decisión 2000/536/CE de la Comisión, relativa a la ayuda estatal concedida por Italia a la empresa Seleco SpA, en la medida en que establece que la República Italiana adoptará todas las medidas necesarias para recuperar de Seleco Multimedia Srl las ayudas contempladas en el art. 1, para la parte que no se hubiese podido recuperar de Seleco SpA. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
26-6-2003	C-404/00	Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 2 y 3 de la Decisión 2000/131/CE de la Comisión, relativa a la ayuda estatal concedida por España en favor de los astilleros de titularidad pública, por la que se declara que dicha ayuda fue otorgada de manera ilegal y que, por consiguiente, es incompatible con el mercado común, al no haber adoptado en el plazo establecido las medidas necesarias para dar cumplimiento a la citada Decisión.
3-7-2003	C-457/00	Desestimar el recurso.
3-7-2003	C-83/01, C-93/01 y C-94/01	1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2000, Ufex y otros/Comisión (T-613/97). 2) Devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia.
30-9-2003	C-301/96	Desestimar el recurso.
30-9-2003	C-57/00 y C-61/00	Desestimar los recursos de casación.
21-10-2003	C-261/01 y C-262/01	1) El art. 88.3 CE debe interpretarse en el sentido de se opondrá, en circunstancias como las de los asuntos principales, a que se perciban cotizaciones para la financiación específica de un régimen de ayuda que se haya declarado compatible con el mercado común en una decisión de la Comisión, cuando tales cotizaciones se impongan con carácter retroactivo para un período anterior a la fecha de adopción de dicha decisión.



<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
		2) La Decisión de la Comisión, de 9 de agosto de 1996, relativa a la medida de ayuda núm. N366/96, no aprueba el efecto retroactivo de la Ley de 23 de marzo de 1998, relativa a la creación de un fondo presupuestario para la sanidad y la calidad de los animales y de los productos de origen animal.
20-11-2003	C-126/01	El art. 87.1 CE debe interpretarse en el sentido de que procede calificar de ayuda de Estado a un régimen como el controvertido en el asunto principal que garantiza a los ganaderos y a los mataderos la recogida y eliminación gratuitas de animales muertos y de desechos de matadero.
27-11-2003	C-34/01 a C-38/01	<p>1) Una medida por la que un Estado miembro atribuye a una empresa pública una parte considerable de una tasa, como la tasa portuaria controvertida en el litigio principal, debe calificarse de ayuda de Estado a efectos del art. 87.1 CE, en la medida en que afecte a los intercambios entre Estados miembros, siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— la atribución de la tasa no esté vinculada a una misión de servicio público claramente definida, y/o</li> <li>— el cálculo de la compensación supuestamente necesaria para el cumplimiento de dicha misión no haya sido efectuado sobre la base de parámetros previamente definidos de forma objetiva y transparente, para evitar que esta compensación confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa pública de que se trate respecto a las empresas competidoras.</li> </ul> <p>No solamente la atribución de una parte de la tasa a la empresa pública, sino también el cobro a los usuarios de la parte correspondiente al importe así atribuido, puede constituir una ayuda de Estado incompatible con el mercado común. Si esta ayuda no ha sido notificada, el órgano jurisdiccional nacional debe tomar todas las medidas necesarias, con arreglo a su Derecho nacional, para impedir tanto la atribución de una parte de la tasa a las empresas beneficiarias como su cobro.</p> <p>El eventual carácter ilegal del cobro y de la atribución de la tasa portuaria sólo afecta a la parte de los ingresos recaudados con la tasa que es transferida a la empresa pública y no afecta a la tasa en su totalidad.</p> <p>2) Una tasa como la tasa portuaria controvertida en el litigio principal constituye un tributo interno a efectos del art. 90 CE, al que no se aplican las disposiciones de los arts. 25 y 28 CE. Si no existe discriminación alguna respecto a los productos procedentes de otros Estados miembros, la medida mediante la que un Estado miembro prevé el cobro de dicha tasa y la atribución de una parte considerable de los ingresos recaudados con esta tasa a una empresa pública, sin que el importe así atribuido corresponda a un servicio efectivamente prestado por ésta, no infringe las disposiciones del referido art. 90 CE.</p>

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>
6-3-2003	C-186/02	Ramondín, S. A.; Ramondín Cápsulas, S. A. / Comisión Europea	Demandas de intervención
28-3-2003	C-75/02	Diputación Foral de Álava y otros / Comisión Europea	Recurso de casación. Ayudas de Estado. Ayuda en el sector de la siderurgia. Recurso de anulación. Art. 33 CECA. Recurso interpuesto por una entidad intraestatal. Recurso de casación manifiestamente infundado.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
26-6-2003	C-182/03 y C-217/03	Reino de Bélgica y Forum 187 ASBL / Comisión Europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Suspensión de la ejecución de una decisión. Ayuda de Estado. Régimen de ayudas existente. Régimen fiscal de los centros de coordinación establecidos en Bélgica. Medidas transitorias.
24-7-2003	C-297/01	Sicilcassa SpA e IRA Costruzioni SpA, Francesco Gaetano RestivoGraci y otros / Fran- cesco Gaetano Restivo Graci y otros, IRA Costruzioni SpA, Amministrazione straordinaria della Holding personale Graci Gaetano, Sicilcassa SpA	Ayudas de Estado. Arts. 87 y 88 CE. Ayuda nueva. Falta de notificación previa. Ayuda incompatible con el mercado común. Derogación. Régimen transitorio que mantiene los efectos del régimen derogado.

A continuación, se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
6-3-2003	C-186/02	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Admitir la intervención de la Comunidad Autónoma de La Rioja en el asunto C-186/02 P en apoyo de las pretensiones de la Comisión de las Comunidades Europeas.</li> <li>2) Se fijará un plazo a la parte coadyuvante para que exponga los fundamentos en los que basa sus pretensiones.</li> <li>3) El Secretario dará traslado a la parte coadyuvante de todas las actuaciones del procedimiento.</li> <li>4) Desestimar la demanda de intervención del Gobierno Foral de Navarra.</li> </ol>
28-3-2003	C-75/02	Desestimar el recurso.
26-6-2003	C-182/03 y C-217/03	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Suspender la ejecución de la Decisión C(2003) 564 final de la Comisión, de 17 de febrero de 2003, relativa al régimen de ayudas ejecutado por Bélgica en favor de los centros de coordinación establecidos en Bélgica, en la medida en que prohíbe al Reino de Bélgica renovar las autorizaciones de los centros de coordinación vigentes en la fecha de la notificación de dicha Decisión.</li> <li>2) Los efectos de las eventuales renovaciones que se concedan con base en el presente auto no podrán ir más allá del día en que se dicte sentencia en el procedimiento principal.</li> </ol>
24-7-2003	C-297/01	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Un régimen transitorio como el previsto por el art. 106 del Decreto Legislativo núm. 270, de 8 de julio de 1999, por el que se establece la nueva regulación de la administración extraordinaria de las grandes empresas en estado de insolvencia, que mantiene los efectos de un régimen nuevo de ayudas de Estado que no fue notificado a la Comisión de las Comunidades Europeas y que fue declarado incompatible con el Derecho comunitario, constituye por sí mismo un régimen nuevo de ayudas de Estado en el sentido de los arts. 87 y 88 CE.</li> <li>2) Las cuestiones cuyo objetivo consiste en que el Tribunal de Justicia aprecie la compatibilidad con el mercado común de un régimen transitorio como el previsto por el art. 106 del Decreto Legislativo núm. 270/1999 no son admisibles.</li> </ol>

### 3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relaciona a continuación la sentencia dictada por el TJCE durante el año 2003 en aplicación de las normas relativas a concentraciones. Se indica su fecha, número de asunto, partes intervinientes y materia sobre la que versa. Esta sentencia 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>
25-9-2003	C-170/02	Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH, J. Wimmer Medien GmbH & Co. KG, Styria Medien AG, Zeitungs- und Verlags-Gesellschaft mbh, Eugen Ruß orarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH, «Die Presse» erlags-Gesellschaft mbh, et «Salzburger Nachrichten» Verlags-Gesellschaft mbh & Co. KG / Comisión Europea	Recurso de casación. Recurso por omisión. Competencia. Denuncia. Control de las operaciones de concentración. Adopción de posición en el sentido del art. 232 CE. Inadmisibilidad.

A continuación, se relaciona la anterior sentencia con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
25-9-2003	C-170/02	Desestimar el recurso de casación.



## LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

### E. LEGISLACIÓN ESTATAL

— Ley 39/2003, de 17 de junio, de **CUARTA PARTE** de Reforma Económica (BOE, núm. 271, de 17 de junio de 2003, p. 39720).

En materia de control de concentraciones, resulta oportuno analizar la posibilidad jurisdiccional del mismo dictando el Tribunal de Defensa de la Competencia desde el momento de su suspensión por el Ministerio de Economía para su elevación al Gobierno. Con ello, el dictamen del principal órgano consultivo en materia de concentraciones será conocido antes de la decisión final por parte del Consejo de Ministros, asegurando la imparcialidad, eficacia y predictibilidad de este instrumento tan importante en la vigilancia de la competencia. Dicha modificación lleva a cabo ya introducción mediante el Real Decreto-ley 2/2005, de 25 de abril, Medidas de Reforma Económica (BOE, núm. 169, de 26 de abril de 2005, p. 16223) con sus modificaciones (BOE, núm. 109, de 7 de mayo de 2005, p. 17282).

#### —CAPÍTULO IV

#### Defensa de la Competencia

Art. 24. *Funciones de la Agencia del Tribunal de Defensa de la Competencia.*

De acuerdo con art. 163 de la Ley 10/2002, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, para que quede redactado como sigue:

“2. El Tribunal hará pública su decisión una vez recibida por el Ministerio de Economía a los efectos de su posible impugnación ante el Consejo de Ministros.”

— Ley 48/2003, de 30 de octubre, Medidas Parciales Administrativas del Orden Social (BOE, núm. 213, de 31 de diciembre de 2003, p. 40374; BOE, núm. 21, de 5 de enero de 2004, p. 136).

En esta Ley se fija la forma en la que quedará en vigor el Reglamento en vigor del Consejo de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia prevista en los arts. 6)



# LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

## 1. LEGISLACIÓN ESTATAL

— Ley 36/2003, de 11 noviembre, de Medidas de Reforma Económica (BOE, núm. 271, de 12 de noviembre de 2003, p. 39925).

En la Exposición de Motivos de esta Ley se afirma que, con objeto de seguir perfeccionando el modelo español de defensa de la competencia en materia de control de concentraciones, resulta oportuno establecer la publicidad inmediata del informe-dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia desde el momento de su recepción por el Ministro de Economía para su elevación al Gobierno. Con ello, el dictamen del principal órgano consultivo en materia de control de concentraciones será conocido antes de la decisión final por parte del Consejo de Ministros, mejorando la transparencia, eficacia y predictibilidad de este instrumento tan importante en la vigilancia de la competencia. Dicha modificación había sido ya introducida mediante el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, Medidas de Reforma Financiera (BOE, núm. 100, de 26 de abril de 2003, p. 16223; rect. BOE, núm. 109, de 7 de mayo de 2003, p. 17282).

### «CAPÍTULO IV

#### Defensa de la Competencia

*Art. 16. Publicidad de los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia*

Se modifica el art. 16.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, para que quede redactado como sigue:

“3. El Tribunal hará público su informe una vez recibido éste por el Ministro de Economía y tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido”».

— Ley 62/2003, de 30 diciembre, Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003, p. 46874; rect. BOE, núm. 3, de 3 de enero de 2004, p. 130).

En esta Ley, según se afirma en su preámbulo, se transpone el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia prevista en los arts. 81

y 82 del Tratado CE modificando al efecto la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia.

### «SECCIÓN 3.<sup>a</sup>

#### Defensa de la Competencia

##### *Art. 95. Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*

Se modifican los siguientes preceptos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, del siguiente modo:

“Uno. Se suprime el apartado 5 del art. 10”.

El resto del artículo permanece con la misma redacción.

Dos. Se modifica el párrafo c) del art. 25, al que se da la siguiente redacción:

“c) Aplicar en España los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción civil”.

El resto del artículo queda redactado de la misma forma.

Tres. Se modifica el apartado 2 del art. 33, al que se da la siguiente redacción:

“2. Los funcionarios, en el curso de las inspecciones, podrán examinar, obtener copias o realizar extractos de libros, documentos, incluso contables, cualquiera que sea su soporte material y, si procediera, retenerlos por un plazo máximo de diez días. En el curso de las inspecciones, los funcionarios podrán, asimismo, solicitar explicaciones verbales *in situ*”.

Cuatro. Se modifica el apartado 4 del art. 33, al que se da la siguiente redacción:

“4. La obstrucción de la labor inspectora podrá ser sancionada por el Director del Servicio con una multa de hasta el 1 por 100 del volumen de ventas del ejercicio económico inmediato anterior”.

Cinco. Se introduce una Disposición Adicional Única en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, con la siguiente redacción:

“Disposición Adicional Única. Adaptación al 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.

A efectos del cumplimiento del art. 15 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 de la Comunidad Europea, los Juzgados y Tribunales remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia, al mismo tiempo de su notificación a las partes, copia de las sentencias recaídas en los procedimientos judiciales civiles de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad



Europea a los que se refiere el art. 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”.

*Art. 96. Modificación de la Ley de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia*

Se modifica el párrafo *d)* del apartado 5 del art. 1 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, al que se da la siguiente redacción:

“*d)* La aplicación en España de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el art. 25.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia”.

El resto del apartado continúa con la misma redacción.

“Disposición Final Decimonovena. Entrada en vigor.

Uno. Esta Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 2004.

Dos. Las modificaciones del art. 10 y 25.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se contemplan en el art. 95 de esta Ley, y la modificación del apartado 5.d) del art. 1 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, que se contempla en el art. 96 de esta Ley, entrarán en vigor a partir del día 1 de mayo de 2004”».

— Ley 32/2003, de 3 noviembre, de Ley General de Telecomunicaciones (BOE, núm. 264, de 4 de noviembre de 2003, p. 38890).

Esta Ley, junto con su necesario desarrollo reglamentario, incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la numerosa normativa comunitaria adoptada en el año 2002, respetando plenamente los principios recogidos en ella, aunque adaptándolo a las peculiaridades propias del Derecho y la situación económica y social de nuestro país. La nueva regulación comunitaria supone una profundización en los principios ya consagrados en la normativa anterior, basados en un régimen de libre competencia, la introducción de mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio, la protección de los derechos de los usuarios, la mínima intervención de la Administración en el sector, el respeto de la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores y la supervisión administrativa de los aspectos relacionados con el servicio público, el dominio público y la defensa de la competencia.

— Ley 48/2003, de 26 noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General (BOE, núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, p. 42126; rect. BOE, núm. 29, de 3 de febrero de 2004, p. 4498).

Esta Ley encomienda a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias la misión de salvaguardar la competencia en los servicios básicos,

afirmando que esta misión se hace compatible con la de las demás autoridades, en cuanto todos los actos detectados contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, deben ser puestos en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia para su tramitación conforme a los preceptos de dicha Ley.

*«Art. 71. Transmisión de las licencias*

1. Las licencias podrán transmitirse a personas distintas de aquellas a las que fueron originariamente otorgadas cuando se den conjuntamente las siguientes circunstancias:

a) Que la transmisión se haga a favor de una persona física o jurídica que cumpla los requisitos señalados en el art. 64.1.

b) Que los transmitentes y los adquirentes cumplan los requisitos específicos establecidos en los pliegos reguladores y en las prescripciones particulares del servicio en relación con la posibilidad de transmisión de la licencia.

c) Que se cumplan los requisitos previstos en el art. 117.3 cuando la licencia se transmita junto con la concesión del dominio público en el que se desarrolla la actividad.

2. La transmisión estará en todo caso subordinada a la previa conformidad de la Autoridad Portuaria y, en su caso, a la preceptiva autorización de las autoridades de competencia de acuerdo con lo previsto en los arts. 14 y siguientes de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, teniendo, respecto de los contratos de trabajo del personal del titular de la licencia, los efectos previstos en la legislación laboral.

## SECCIÓN 5.<sup>a</sup>

### **La Regulación de la Competencia en los Servicios Portuarios Básicos**

*Art. 76. Funciones de los organismos públicos portuarios*

1. Con el fin de fomentar la competencia efectiva en el mercado de los servicios básicos, Puertos del Estado ejercerá, sin perjuicio de las competencias de otros organismos, las siguientes funciones:

a) Aprobar los pliegos reguladores de cada servicio para el conjunto de los puertos de interés general conforme a lo dispuesto en esta Ley, en los que se incluirán normas que protejan la libre competencia, a fin de promover la existencia de una pluralidad de oferta de servicios.

b) Informar las prescripciones particulares de los servicios en lo que se refiere a aquellos aspectos que especifiquen o desarrollen los pliegos reguladores aprobados por Puertos del Estado.

c) Informar el acuerdo de limitación del número de prestadores de un servicio básico y la revisión del mismo.

d) Poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, oídas las Autoridades Portuarias afectadas, los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y, en particular, las realizadas por los prestadores de servicios

abiertos al uso general que tengan una posición dominante para un determinado tipo de tráfico y carga en varios puertos que sirvan a un mismo mercado, siempre que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional.

Asimismo, cuando dichos acuerdos, prácticas o conductas afecten sólo al ámbito autonómico, se pondrán en conocimiento del órgano competente de la Comunidad Autónoma.

En ambos casos, Puertos del Estado comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia u órgano autonómico competente todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

e) La llevanza del observatorio permanente del mercado de los servicios portuarios básicos y la elaboración del informe de competitividad previstos en el art. 79.

f) Establecer recomendaciones para las Autoridades Portuarias y entidades prestadoras de servicios, en el marco de las conclusiones obtenidas por el observatorio permanente.

g) Emitir circulares dirigidas a las entidades prestadoras de servicios, con el objeto de evitar o corregir prácticas contrarias a la libre competencia, que serán vinculantes una vez que se publiquen en el "Boletín Oficial del Estado".

h) La autorización, regulación y control de los servicios básicos cuando excepcionalmente sean prestados por las Autoridades Portuarias de acuerdo con lo previsto en el art. 60.4 y la aprobación de las tarifas en este supuesto.

i) Adoptar el acuerdo de limitación del número de prestadores del servicio y su revisión cuando la Autoridad Portuaria sea prestadora del servicio.

j) La llevanza del Registro General de empresas prestadoras de servicios portuarios básicos a que se refiere el apartado 2 del art. 69.

k) Autorizar los convenios, pactos o acuerdos que celebren dos o más Autoridades Portuarias, a fin de garantizar el marco de competencia interportuaria.

l) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre las entidades prestadoras de servicios, a solicitud de éstas, cuando trasciendan del ámbito territorial de una Autoridad Portuaria y, en su caso, entre dos Autoridades Portuarias por razón de los servicios prestados en cada una de ellas o en ambas.

m) La propuesta de resolución de expedientes sancionadores por infracciones muy graves, en cuantía inferior a 1.202.024,21 €.

2. Las Autoridades Portuarias fomentarán la libre competencia en su propio ámbito territorial, a cuyo fin ejercerán, sin perjuicio de las competencias de otros organismos, las siguientes funciones:

a) El otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes de la prestación de servicios.

b) El control del cumplimiento de las obligaciones de servicio público que se impongan a los titulares de licencias de prestación de servicios básicos y de los medios para su financiación, dictando al efecto las resoluciones que procedan.

c) La aprobación de las tarifas máximas en los servicios básicos abiertos al uso general cuando el número de prestadores del servicio esté limitado o sea insuficiente para garantizar la competencia. Asimismo, controlarán la transparencia de las tarifas y conceptos que se facturen.

d) Adoptar el acuerdo de limitación del número de prestadores de los servicios, salvo cuando la Autoridad Portuaria sea prestadora del servicio.

e) El ejercicio de la potestad sancionadora para los supuestos de comisión de infracciones graves tipificadas en la Ley.

f) Informar a Puertos del Estado sobre los actos, acuerdos, pactos o conductas de las que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presente indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a fin de que aquél lo ponga en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia u órgano autonómico competente.

g) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre las entidades prestadoras de servicios, a solicitud de éstas, en el ámbito territorial de una Autoridad Portuaria.

h) La llevanza del Registro de empresas prestadoras de servicios portuarios básicos en los puertos que gestionen, a que se refiere el art. 69.1».

— Ley 59/2003, de 19 diciembre, de Normas Reguladoras de Firma Electrónica (BOE, núm. 304, de 20 de diciembre de 2003, p. 45329).

Esta Ley, de conformidad con la normativa comunitaria, afirma el régimen de libre competencia de prestación de los servicios de certificación.

#### «Art. 5. Régimen de prestación de los servicios de certificación

1. La prestación de servicios de certificación no está sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia. No podrán establecerse restricciones para los servicios de certificación que procedan de otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

2. Los órganos de defensa de la competencia velarán por el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en la prestación de servicios de certificación al público mediante el ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas.

3. La prestación al público de servicios de certificación por las Administraciones públicas, sus organismos públicos o las entidades dependientes o vinculadas a las mismas se realizará con arreglo a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación».

— Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje (BOE, núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, p. 46097).

Menciona expresamente al Tribunal de Defensa de la Competencia como entidad susceptible de administrar el arbitraje institucional.

«Art. 14. Arbitraje institucional

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

a) Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y, en particular, el Tribunal de Defensa de la Competencia.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios Reglamentos».

— Real Decreto 378/2003, de 28 marzo, desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, 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 de 2003, p. 14851).

«La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe en su art. 1 toda conducta que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, falsear o restringir la competencia en la totalidad o parte del mercado nacional.

La Ley recoge también la posibilidad de que determinadas conductas de las prohibidas por el art. 1 puedan, no obstante, ser autorizables siempre que se cumplan determinados requisitos. Ello es lógico, si tenemos en cuenta que determinados acuerdos entre empresas son beneficiosos para el mercado. Así, el art. 3 recoge los supuestos para la autorización de prácticas prohibidas y el art. 5 permite que el Gobierno, mediante los denominados reglamentos de exención, autorice determinadas categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas que, conforme al art. 3 de la Ley, podrían ser objeto de una autorización singular. Mediante esta técnica, procedente del Derecho comunitario, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, permite la autorización en bloque de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia, cuando se dan las condiciones previstas por la propia Ley.

De acuerdo con estas previsiones, se aprobó el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, 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. Este Real Decreto incorporaba al ordenamiento jurídico español la exención de aquellos acuerdos o prácticas, referidas al mercado nacional, que ya habían sido objeto de exención por el Derecho comunitario mediante la misma técnica.

Desde la promulgación de este Real Decreto en 1992, el ordenamiento comunitario ha experimentado una profunda transformación en la materia, con la aprobación de varios reglamentos de exención, entre los que deben

citarse el Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002; el Reglamento (CE) núm. 240/1996 de la Comisión, de 31 de enero de 1996; el Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999; el Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000; el Reglamento (CE) núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, y el Reglamento (CE) núm. 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003. Estos reglamentos han supuesto un importante cambio de orientación en la política comunitaria de exenciones, han dado una mayor libertad de actuación a las empresas sin poder sustancial para alterar el mercado y han centrado la actuación de las autoridades en aquellos casos con mayor repercusión en la vida económica.

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 exenciones 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.

Junto a esta actualización de la normativa nacional sobre exenciones por categorías y su sincronización con la vigente en el contexto comunitario, este Real Decreto también introduce algunas modificaciones en el procedimiento de autorización singular regulado en el capítulo II, para adaptarlo a las reformas introducidas por las Leyes 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, subsanar algunas de las deficiencias detectadas a lo largo de los diez años de aplicación, y admitir expresamente la automática recepción por el Derecho nacional, sin necesidad de acto expreso, de las modificaciones y sustituciones que experimenten los reglamentos comunitarios, lo que en el momento actual no es posible por la interpretación que ha prevalecido en este punto del Real Decreto 157/1992 que se deroga.

En este sentido, se ha simplificado la regulación de la tramitación por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la concesión de la autorización, prescindiendo del casuismo procedimental en que incurriría el Real Decreto 157/1992, con lo que se dota al Tribunal de una mayor libertad de movimientos sin mengua ninguna de las garantías de los interesados en el expediente. Resuelve también el nuevo reglamento las dificultades de interpretación que resultaban de la desconexión entre los arts. 4.2 y 4, 10.4 y 46.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de la continuación de la práctica objeto de solicitud mientras se tramita su autorización. Por su parte, en la renovación de la autorización se prevé la resolución directa por el Tribunal a la vista del informe de vigilancia que el Servicio de Defensa de la Competencia le remite antes de que la caducidad de la autorización se produzca. Y, por último, se precisan los supuestos de revocación y modificación de las autorizaciones singulares, indicando el procedimiento de tramitación, y se dedica un artículo especial a la retirada de las exenciones por categorías.

En todo caso, el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas para la tramitación del procedimiento de autorización definido por este

Real Decreto habrá de enmarcarse en los criterios establecidos en los puntos de conexión previstos en el art. 1 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.

La regulación del Registro de Defensa de la Competencia, recogida en el capítulo III, especifica la información registral accesible a los particulares y modifica los datos que deben de inscribirse en lo referente al control de concentraciones, de conformidad con la nueva regulación introducida por el 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 lo referente al control de las concentraciones económicas.

Finalmente, se modifica el régimen de recursos previsto en el capítulo IV para adaptarlo a la nueva redacción del art. 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, introducida también por la Ley 52/1999.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Economía, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 28 de marzo de 2003, dispongo:

## CAPÍTULO PRELIMINAR

### Objeto

#### *Art. 1. Objeto*

Este Real Decreto tiene por objeto autorizar las categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas concertadas o conscientemente paralelas a las que se refiere el art. 5 de Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ordenar el procedimiento para la concesión de autorizaciones singulares previsto en el art. 4 de la citada Ley y regular el Registro de defensa de la competencia.

## CAPÍTULO I

### Exenciones por categorías

#### *Art. 2. Exenciones por categorías*

1. Acuerdos verticales. De conformidad con lo dispuesto por el art. 5.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedan autorizados los acuerdos en que participen 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, en la medida en que tales acuerdos afecten únicamente al mercado nacional y siempre que cumplan las disposiciones establecidas en:

a) El Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan.

b) El Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan.

2. Acuerdos de transferencia de tecnología. De conformidad con lo dispuesto por el art. 5.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedan autorizados los acuerdos en que participen únicamente dos empresas e impongan restricciones en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de conocimientos secretos industriales o comerciales, en la medida en que tales acuerdos afecten únicamente al mercado nacional y siempre que cumplan las disposiciones establecidas en el Reglamento (CE) núm. 240/1996 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1996, o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan.

3. Acuerdos horizontales. De conformidad con lo dispuesto por el art. 5.1.b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedan autorizados los acuerdos que, pertenecientes a algunas de las siguientes categorías, afecten únicamente al mercado nacional, siempre que cumplan las condiciones que para cada una de ellas a continuación se establecen:

a) Acuerdos de especialización, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan.

b) Acuerdos de investigación y desarrollo, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento (CE) núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, o en aquellos reglamentos comunitarios que le sustituyan.

4. Acuerdos en el sector de seguros. De conformidad con lo dispuesto por el art. 5.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, quedan autorizadas las categorías de acuerdos que, afectando únicamente al mercado nacional, cumplan las disposiciones establecidas en el Reglamento (CE) núm. 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, 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.

5. A efectos de la aplicación de los cuatro apartados anteriores, se entenderá que el contenido de cada una de las categorías mencionadas es el definido por los respectivos reglamentos comunitarios.

### *Art. 3. Retirada de la exención*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal) podrá suprimir la aplicación de la exención contenida en el artículo anterior si se comprueba que, en un caso determinado, un acuerdo exento produce efectos incompatibles con las condiciones previstas en el art. 3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

2. El procedimiento de retirada de la exención se podrá iniciar en los siguientes casos particulares:

a) Cuando en el mercado no exista competencia efectiva de productos idénticos o similares.



b) Cuando se apliquen precios excesivos a los productos objeto del acuerdo.

c) Cuando existan prácticas concertadas horizontales relativas a los precios de venta.

d) Cuando, tratándose de acuerdos regulados en los Reglamentos (CE) núm. 2790/99 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, o 240/1996 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, o aquellos que los sustituyan, el acuerdo afecte a una cuota que supere el 20 por 100 del mercado del producto o productos objeto de aquél y de los considerados idénticos o similares por los usuarios.

e) Cuando la existencia de redes paralelas de acuerdos similares provoque un efecto acumulativo que cause una restricción apreciable de la competencia.

f) Cuando los intermediarios o usuarios no puedan procurarse los productos contemplados en las condiciones practicadas normalmente en mercados diferentes del afectado por el acuerdo, o existan obstáculos al acceso de otros proveedores al mercado afectado.

3. Asimismo, dicho procedimiento se podrá iniciar cuando se den las condiciones de retirada previstas en el reglamento comunitario de exención por categorías que sea aplicable a cada acuerdo concreto.

4. El procedimiento para retirar la exención se iniciará, de oficio o a instancia de parte, por el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, Servicio), y se tramitará conforme a lo previsto en el art. 15.

#### *Art. 4. Acuerdos excluidos del régimen de exención*

Cuando por su naturaleza o contenido un acuerdo no se ajuste exactamente a ninguna de las categorías exentas, las partes deberán solicitar la autorización singular por el procedimiento previsto en el art. 38 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en este Real Decreto.

## CAPÍTULO II

### **Procedimiento de autorización singular**

#### *Art. 5. Solicitud de autorización*

1. Las solicitudes de autorización singular de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas prohibidas, al amparo del art. 3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se presentarán, en el formulario de solicitud que figura como anexo de este Real Decreto, ante el Servicio.

2. La solicitud deberá contener, en todo caso, todos los datos necesarios para poder apreciar la naturaleza y efectos de la conducta y, en particular, los datos identificativos de las partes que intervienen, el objeto de la solicitud y la información sobre el mercado o mercados afectados.

3. Cuando participen en el acuerdo, decisión, recomendación o práctica varias empresas o asociaciones o agrupaciones de empresas, las solicitudes se presentarán en un único formulario que será suscrito por todos

los partícipes o por un mandatario común. Si la solicitud fuera presentada sólo por alguna de entre las empresas participantes, ésta deberá acreditar haber enviado copia completa de la solicitud a las demás empresas.

4. El solicitante acompañará la documentación requerida en el anexo citado, en documento original o copia auténtica. El texto del acuerdo o contrato, o la descripción de la práctica, para los que se solicita autorización se presentarán en castellano o con traducción al castellano si estuviere redactado en otra lengua.

#### *Art. 6. Subsanción*

Si la solicitud de autorización no reúne los requisitos que señala el artículo anterior, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o aporte la información preceptiva, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido en su petición y se archivará, previa resolución que declare su desistimiento.

#### *Art. 7. Admisión a trámite y audiencia de los interesados*

1. Recibida en forma la solicitud, en la providencia de iniciación de expediente de autorización se nombrará instructor y secretario, lo que se notificará a los interesados, con expresa referencia a la fecha de iniciación y a la autoridad competente para su resolución.

2. Iniciado el expediente, el Servicio publicará una nota sucinta sobre sus extremos fundamentales, al objeto de que cualquier interesado pueda aportar información en un plazo que no excederá de quince días. La referida nota se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, en su caso, en cualquier otro medio de difusión que garantice una publicidad suficiente, según lo preceptuado en el art. 36.5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

3. Al mismo tiempo, el Servicio realizará las indagaciones que estime necesarias, oír a los interesados y solicitará el preceptivo informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto por el art. 22.5 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

#### *Art. 8. Calificación de la solicitud*

1. En el plazo máximo de treinta días desde la recepción en forma de la solicitud prevista en el art. 5, el Servicio cumplimentará los trámites anteriores, calificará la solicitud y remitirá el expediente al Tribunal.

2. Cuando el Servicio considere que la información suministrada es manifiestamente insuficiente para calificar la solicitud, requerirá al solicitante o a quien proceda para que faciliten los datos e información necesarios en un plazo de diez días, y quedará suspendido el plazo de treinta días hasta tanto sea cumplimentado el requerimiento.

3. En la calificación, el Servicio hará constar si considera que el acuerdo, decisión o práctica no exige autorización o, en caso contrario, si procede o no procede su autorización.

4. Si calificase que la autorización es procedente, el Servicio hará expresa indicación del supuesto de autorización aplicable conforme al artículo 3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y, en su caso, si se deben establecer modificaciones, condiciones y obligaciones, así como el período de tiempo por el que ha de otorgarse la autorización.

#### *Art. 9. Admisión del expediente por el Tribunal*

1. El Tribunal, recibido el expediente, resolverá sobre su admisión en el plazo de cinco días, teniendo en cuenta si se han aportado los antecedentes necesarios. En otro caso, interesará del Servicio la práctica de las diligencias oportunas, las cuales podrán ser complementadas con las que éste considere pertinentes dentro siempre del plazo señalado por el Tribunal.

2. Admitido el expediente a trámite y nombrado ponente, el Tribunal, antes de dictar resolución, oirá, en su caso, y las veces que considere necesarias, a los interesados y al Servicio, conjunta o separadamente, y podrá decidir la práctica de prueba que se practicará en el plazo que el Tribunal señale. La audiencia será preceptiva cuando la autorización vaya a establecer modificaciones, condiciones u obligaciones y cuando el Servicio hubiese calificado en contra de la autorización solicitada.

#### *Art. 10. Carga de la prueba*

La prueba de los hechos, datos o circunstancias alegados como supuestos que, conforme al art. 3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, puedan motivar la autorización corresponde al solicitante.

#### *Art. 11. Contenido de la resolución*

1. La resolución por la que se conceda o deniegue la autorización será motivada.

2. La resolución que conceda la autorización incluirá en su parte dispositiva el supuesto o supuestos de autorización aplicables conforme al art. 3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y separadamente cada una de las modificaciones, condiciones, obligaciones o cargas que se establezcan y las consecuencias de su incumplimiento, así como el período de tiempo por el que se otorga y la fecha de su efectividad que no podrá ser anterior a la fecha de presentación de la solicitud.

3. No se impondrán multas por infracción del art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiera la solicitud que hayan sido ejecutados desde su presentación, salvo que el Tribunal se haya opuesto expresamente a la puesta en práctica, de acuerdo con el art. 10.4 de la citada Ley. Si la resolución denegara la autorización, intimará, en su caso, a los solicitantes y a los demás autores de las prácticas prohibidas

que hayan sido parte en el expediente para que desistan de aquéllas, y les prevendrá de que si desobedecieran la intimación incurrirán en las sanciones previstas en el art. 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

#### *Art. 12. Notificación y registro*

1. La resolución se notificará al solicitante y demás interesados, si los hubiera, en el plazo máximo de seis meses a contar desde la presentación, en forma, de la solicitud, sin perjuicio de las interrupciones en el cómputo de los plazos previstas en el art. 8. Se dará traslado, asimismo, al Servicio de Defensa de la Competencia para su inscripción en el registro.

2. A tal efecto, el Tribunal, al dar traslado al Servicio de sus resoluciones, acompañará el documento o documentos que contengan el acuerdo, recomendación o práctica objeto del expediente.

#### *Art. 13. Resoluciones sobre aplicación provisional*

1. El Tribunal, en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud de autorización, y sin perjuicio de las interrupciones en el cómputo de los plazos previstas en el art. 8, podrá dictar resolución motivada por la que se acuerde que no procede la aplicación provisional del acuerdo, decisión o recomendación o práctica objeto del expediente.

2. Si no lo hiciera, las empresas partícipes podrán proceder a su aplicación provisional. En tal caso, cuando el Tribunal dicte resolución, si fuese negativa o impusiese modificaciones, condiciones u obligaciones, la resolución fijará la fecha a partir de la cual ha de cesar la aplicación provisional, y no podrá producir ningún efecto retroactivo por el período de aplicación provisional, según lo previsto en el art. 4.4 de la Ley 16/1989.

#### *Art. 14. Revocación y modificación de autorizaciones singulares*

1. Cuando el Tribunal tuviera conocimiento de que los beneficiarios de una autorización incumplen las condiciones, obligaciones o cargas establecidas, o de que la concesión se basó en datos relevantes aportados de forma incompleta o inexacta, o de que se ha producido un cambio fundamental de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión, dictará resolución que acuerde la incoación de expediente de revocación o modificación.

2. En el caso de que las modificaciones sean meramente formales o sin trascendencia, el Tribunal podrá dictar, si procede, resolución que modifique la autorización primitiva.

3. Acordada la incoación de expediente de revocación, el Tribunal podrá, a propuesta del Servicio, decidir, como medida cautelar, la revocación provisional de la autorización, en las condiciones y con las garantías establecidas en el art. 45 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

4. Recibida la resolución del Tribunal, el Servicio realizará la instrucción que sea necesaria para la fijación de los hechos que fundamenten la revocación o modificación de la autorización, hechos que concretará y calificará en un informe propuesta que elevará al Tribunal en el plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente al de la recepción de la resolución del Tribunal que acordó la incoación del expediente.

5. El Tribunal, recibida la propuesta del Servicio, decidirá en el plazo de cinco días su admisión a trámite o su devolución al Servicio para la práctica de nuevas diligencias, que podrán ser completadas con las que éste considere pertinentes, dentro siempre del plazo señalado por el Tribunal.

6. Decidida la admisión a trámite y nombrado ponente, el Tribunal oír a los interesados y al Servicio, conjunta o separadamente, las veces que considere necesarias, podrá practicar prueba y dictará resolución que será notificada a los interesados en el plazo máximo de seis meses a contar desde el día siguiente al de la resolución del Tribunal que acordó la incoación del expediente.

#### *Art. 15. Retirada de la exención por categorías*

1. Cuando el Servicio estime que existen indicios suficientes de que se ha producido alguna de las circunstancias de las contempladas en el art. 3 o de las condiciones de retirada previstas en los reglamentos comunitarios de exención que habilitan al Tribunal para proceder a la retirada de alguna exención por categorías, iniciará, de oficio o a instancia de parte, el procedimiento de retirada de la exención.

2. El Servicio realizará la instrucción que sea necesaria para la fijación de los hechos que fundamenten la retirada de la exención, hechos que concretará y calificará en un informe propuesta que elevará al Tribunal en el plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente al de la fecha de incoación del expediente de retirada.

3. El Tribunal, recibida la propuesta del Servicio, decidirá en el plazo de cinco días su admisión a trámite o su devolución al Servicio para la práctica de nuevas diligencias, que podrán ser completadas con las que éste considere pertinentes, dentro siempre del plazo señalado por el Tribunal.

4. Decidida la admisión a trámite y nombrado ponente, el Tribunal oír a los interesados y al Servicio, conjunta o separadamente, las veces que considere necesarias, podrá practicar prueba y dictará resolución que será notificada a los interesados en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente.

5. Si en el curso del procedimiento el beneficiario de la exención solicitara una autorización singular, ésta se acumulará al expediente de retirada de la exención y el Servicio incluirá también la calificación de la solicitud de autorización en el informe que remita el Tribunal.

#### *Art. 16. Renovación de la autorización*

Antes de finalizar el plazo para que el que se concedió la autorización, el interesado podrá solicitar su renovación al Tribunal, quien, previo informe de vigilancia del Servicio, la renovará o interesará del Servicio la instrucción de un expediente que se tramitará como el de concesión de autorización singular.

#### *Art. 17. Solicitud de autorización concurrente con expediente sancionador*

1. Cuando, iniciado un expediente sancionador, los interesados solicitaran la autorización del acuerdo, decisión, recomendación o práctica objeto del expediente, al amparo de lo previsto por el art. 38.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, deberán formalizar la solicitud conforme a lo previsto por el art. 5 de este Real Decreto.

2. La solicitud será objeto de información pública conforme al art. 7, y su tramitación podrá acumularse a la del expediente sancionador, en cuyo caso el Servicio incluirá también la calificación de la solicitud de autorización en el informe que remita el Tribunal.

3. La resolución del Tribunal que ponga fin a este expediente contendrá por separado la declaración que proceda sobre las prácticas o acuerdos objeto del expediente sancionador, con los pronunciamientos accesorios que, conforme a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, correspondan, y la declaración que conceda o deniegue la autorización en los términos establecidos por el art. 11 de este Real Decreto.

4. En el supuesto de que con posterioridad a la presentación de una solicitud de autorización singular se formulara denuncia por los mismos hechos, en el informe de calificación de la solicitud se informará al Tribunal de Defensa de la Competencia del contenido de la denuncia.

### CAPÍTULO III

#### **Registro de Defensa de la Competencia**

#### *Art. 18. Contenido del Registro*

1. El Registro de Defensa de la Competencia tendrá por objeto la inscripción de los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que el Tribunal haya autorizado y los que haya declarado prohibidos total o parcialmente, así como las operaciones de concentración económica o toma de control de empresas a que se refieren los arts. 14 y siguientes de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

2. El Registro de Defensa de la Competencia estará constituido por las siguientes secciones: sección A), de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas autorizadas, modificadas o prohibidas; sección B), de las concentraciones económicas.

**Art. 19. Publicidad del Registro**

El Registro será público. La publicidad se hará efectiva mediante consulta o certificación expedida por el funcionario competente, y se limitará a los datos inscribibles a los que se hace referencia en los arts. 20, 21 y siguientes. La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de las inscripciones registrales y será expedida a instancia de quien tenga interés legítimo, por petición de organismo oficial o del Consejo de Consumidores y Usuarios.

**Art. 20. Datos inscribibles en la sección A)**

En la sección de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas autorizadas, modificadas o prohibidas, se inscribirán las siguientes menciones:

- a) La fecha de la resolución del Tribunal.
- b) La parte dispositiva de dicha resolución.
- c) La naturaleza del acuerdo, decisión, recomendación o práctica autorizada, modificada o prohibida.
- d) El plazo de la autorización.
- e) Las cláusulas modificadas o revocadas, en su caso.
- f) Los acuerdos o cláusulas prohibidas.
- g) Los nombres y domicilios de las empresas que figuren en los acuerdos.
- h) Los nombres y domicilios de los solicitantes de las peticiones de autorización.

**Art. 21. Datos inscribibles en la sección B)**

En la sección de concentraciones económicas se inscribirán las siguientes menciones:

- a) Nombre de las empresas que participan en la operación de concentración económica o toma de control.
- b) Naturaleza de la operación.
- c) Fecha y contenido de la resolución por la que se pone fin al procedimiento.

**Art. 22. Forma de inscripción**

Las inscripciones en el Registro de Defensa de la Competencia se realizarán en cualquier tipo de soportes materiales capaces de recoger y expresar, sin duda alguna y con la garantía de permanencia e inalterabilidad, todas las circunstancias que, legalmente, hayan de hacerse constar.

**CAPÍTULO IV****Recursos****Art. 23. Recursos contra los actos del Servicio**

1. Los actos del Servicio que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento

o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia en el plazo de diez días.

2. No se considerará que existe indefensión por denegación de práctica de pruebas solicitadas por parte interesada, siempre que dicha decisión se adopte mediante resolución debidamente motivada y las pruebas cuya práctica se solicita sean manifiestamente improcedentes o innecesarias y, en todo caso, cuando puedan practicarse ante el Tribunal.

3. En estos casos, y en todos aquellos en que el recurso interpuesto carezca manifiestamente de fundamento, el Tribunal podrá declarar su inadmisibilidad en resolución motivada.

#### *Art. 24. Recursos contra las resoluciones del Tribunal*

El régimen de los recursos contra las resoluciones del Tribunal reguladas en este Real Decreto será el establecido por el art. 49 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

#### *Disposición Adicional Única. Referencias a los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia.*

Las referencias al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia contenidas en este Real Decreto se entenderán efectuadas a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas cuando las potestades administrativas y los procedimientos en él regulados se ejerzan o tramiten en relación con conductas que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 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, sean competencia de las Comunidades Autónomas.

#### *Disposición Transitoria Única. Acuerdos ya vigentes*

Se entenderán autorizados los acuerdos pertenecientes a alguna de las categorías enumeradas en el art. 2 y que estuvieran ya vigentes antes de su entrada en vigor, siempre que cumplan las condiciones de exención exigibles para cada una de ellas. Asimismo, se entenderán autorizados los acuerdos comprendidos en dichas categorías que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto, sean modificados por las partes para adaptarlos a las condiciones de exención requeridas para la respectiva categoría.

#### *Disposición Derogatoria Única. Derogación normativa*

Queda derogado el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, 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.



*Disposición Final Primera. Facultades de desarrollo*

El Ministro de Economía podrá, mediante orden, modificar el formulario contenido en el anexo de este Real Decreto.

*Disposición Final Segunda. Entrada en vigor*

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”».

— Real Decreto 864/2003, de 4 julio, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 164, de 10 de diciembre de 2003, p. 26971).

A resultas de la configuración del TDC organismo autónomo en virtud del art. 63 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se dota al mismo de un estatuto. Además, se adecua su estructura orgánica interna a las necesidades actuales.

Las disposiciones del Decreto 538/1965, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, que no se opongan a lo establecido en este Real Decreto y que no hayan sido previamente derogadas se mantendrán en vigor en tanto se apruebe el nuevo reglamento de régimen interior del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Estatuto del TDC está íntegramente reproducido en la sección de Documentación de este *Anuario*.

— Real Decreto 833/2003, de 27 junio, que establece los requisitos técnicos que deben cumplir las estaciones de Inspección Técnica de Vehículos (ITV) a fin de ser autorizadas para realizar esa actividad (BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2003, p. 27344).

El objeto de este Real Decreto es establecer los requisitos técnicos que deben cumplir las estaciones de Inspección Técnica de Vehículos (ITV) para ser autorizadas para realizar inspecciones técnicas de vehículos. En la Disposición Transitoria Segunda, relativa al otorgamiento de nuevas autorizaciones en los territorios en los que los títulos habilitantes adjudicados por concursos convocados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, tienen un ámbito territorial delimitado, se establece que:

«4. El Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, emitirá un dictamen en el que analizará las condiciones de competencia existentes en la prestación de servicios de ITV en cada Comunidad Autónoma, haciendo especial referencia al grado de adecuación de la oferta de servicios a la demanda existente y prevista, el nivel

de precios y sus diferencias con otras Comunidades Autónomas, así como las posibilidades de competencia desde las distintas zonas limítrofes de cada Comunidad Autónoma. Este dictamen deberá emitirse una vez transcurrido el plazo de seis meses fijado en el apartado 1 anterior, y siempre dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto».

— Real Decreto 432/2003, de 11 abril, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (*BOE*, núm. 88, de 12 de abril de 2003, p. 14588; *rect. BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 2003, p. 21840).

Esta Norma también incorpora modificaciones al art. 4 del Real Decreto 1197/1991, relativo a los supuestos excluidos. El régimen anterior excluía de la obligación de lanzamiento de OPA las adquisiciones que se produzcan en el marco de un proceso de reestructuración de sectores económicos, cuando medie acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Esta excepción desaparece, por lo que se reduce así de forma significativa la intervención pública en procesos que deben dejarse al libre funcionamiento del mercado.

En su lugar, se excluyen de la obligación de formular OPA parcial obligatoria, entre otras, las adquisiciones inferiores al 6 por 100 (siempre que no se incremente el número de consejeros designados por el adquirente), que se produzcan en el marco de una situación de control conjunto cuando así haya sido calificada por el Servicio de Defensa de la Competencia.

«Siete. Se da nueva redacción al párrafo *d)* del art. 4, supuestos excluidos:

“*d)* Aquellas adquisiciones en las que, tratándose de una situación que haya sido calificada por el Servicio de Defensa de la Competencia como de control conjunto de la sociedad por parte del adquirente, de acuerdo con la Ley 16/1989, de 17 de julio (*RCL* 1989, 1591), de Defensa de la Competencia, concurren simultáneamente las siguientes condiciones:

1.<sup>a</sup> Antes de producirse la adquisición, los socios que ejercen el control conjunto disponen conjuntamente de una participación en la sociedad superior al 50 por 100 y han designado entre ellos más de la mitad de los miembros de su órgano de administración.

2.<sup>a</sup> Como consecuencia de la adquisición, no se incrementará el número de consejeros designados por el adquirente.

3.<sup>a</sup> El aumento de la participación en el capital que ostenta el adquirente no supera el 6 por 100 en un período de doce meses, sin que en ningún caso aquélla pueda alcanzar o sobrepasar el 50 por 100”».

— Resolución de la Subsecretaría del Ministerio Economía, de 30 julio 2003, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa prevista en el art. 57 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia (*BOE*, núm. 188, de 7 de agosto de 2003, p. 30549).

«La Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en virtud de su art. 33, introdujo un nuevo art. 57 en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, creando la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración. Posteriormente este art. 57 fue modificado por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, que daba nueva redacción al apartado 5 del art. 57, y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que ha dado nueva redacción al apartado 6 del art. 57, relativo a la cuantía de la tasa regulada en dicho precepto. El 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 lo referente al control de las concentraciones económicas, en su art. 19 establece un sistema de autoliquidación de la tasa por el sujeto pasivo, debiendo éste presentar junto con el formulario de notificación el justificante del pago.

Por otra parte, el art. 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos por las Administraciones públicas en el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus funciones. Tal previsión ha sido desarrollada por el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

Por último, la Orden HAC/729/2003, de 28 de marzo, del Ministro de Hacienda, por la que se establecen los supuestos y las condiciones generales para el pago por vía telemática de las tasas que constituyen recursos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, establece en su disposición tercera que, por Resolución del Subsecretario de cada Departamento Ministerial, se podrá establecer que el pago de las tasas gestionadas por cada Departamento pueda efectuarse a través de las condiciones establecidas en la citada Orden HAC/729/2003, previo informe del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y del Departamento de Informática de la Agencia Tributaria.

En consecuencia, al objeto de poder llevar a cabo la presentación de la autoliquidación y pago de la tasa correspondiente al análisis y estudio de operaciones de concentración por medios telemáticos, de acuerdo con lo previsto en el apartado tercero de la Orden HAC/729/2003, y previo informe del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dispongo:

#### Primero. Objeto

La presente Resolución tiene por objeto establecer la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, prevista en el art. 57 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, cuya gestión es llevada a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia.

#### Segundo. Sujetos pasivos

Los sujetos pasivos que pueden efectuar el pago de esta tasa, por los medios telemáticos aquí descritos, son las entidades que resulten obligadas

a notificar la operación de concentración o sus representantes legales autorizados, en el supuesto de notificación efectuada por representante, según lo previsto en el formulario anexo al 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 lo referente al control de las concentraciones económicas.

#### Tercero. Registro telemático de tramitación del procedimiento

La recepción de las declaraciones presentadas por vía telemática se realizará a través del Registro Telemático del Ministerio de Economía creado por la Orden de 26 de diciembre de 2001. La presentación telemática de las declaraciones será admitida en la medida en que, sin perjuicio de lo establecido en esta Resolución, se ajuste a lo dispuesto en el apartado cuarto de la orden de 26 de diciembre de 2001.

#### Cuarto. Dirección de Internet

La declaración-liquidación y el pago de la tasa prevista en la presente Resolución podrá realizarse a través de la página web del Servicio de Defensa de la Competencia: [www.mineco.es/dgdc/sdc](http://www.mineco.es/dgdc/sdc).

#### Quinto. Requisitos

1. El pago telemático tendrá siempre carácter voluntario y alternativo, en su caso, al procedimiento establecido en el apartado 2 del art. 19 del 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 lo referente al control de las concentraciones económicas.

2. Los sujetos pasivos, a fin de poder efectuar el pago telemático de esta tasa, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Disponer de Número de Identificación Fiscal (NIF).  
 b) Disponer de firma electrónica avanzada basada en un certificado de usuario admitido por la Agencia Tributaria como medio de identificación y autenticación en sus relaciones telemáticas con los contribuyentes. A estos efectos, serán válidos los certificados expedidos por la FNMT (clase 2CA) que cumplan los requisitos establecidos en el Anexo IV de la citada Orden de 26 de diciembre de 2001.

c) El interesado deberá utilizar el sistema operativo Windows 98 o superior y el navegador Internet Explorer versión 4.0 o superior, o el navegador Netscape, versión 4.06 o superior (excepto Netscape 6.0 o superior) o cualquier otro que se considere como un estándar en la Administración General del Estado de los que se dará, en su caso, publicidad en la página web del Ministerio de Economía ([www.mineco.es](http://www.mineco.es)).

d) Tener una cuenta abierta en una entidad colaboradora en la gestión recaudatoria que se haya adherido al sistema previsto en la Resolución de 11 de abril de 2001 de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre asistencia a los contribuyentes y ciudadanos en su identificación telemática ante las entidades colaboradoras con ocasión de la tramitación de procedimientos tributarios, y aparezca en la relación de entidades que se muestre en la opción de pago de la "oficina virtual" de la página web de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

#### Sexto. Modelo de autoliquidación y procedimiento de pago

1. Los sujetos pasivos deberán cumplimentar los campos previstos en el modelo normalizado incluido en el Anexo I de esta Resolución, y que se encuentra asimismo en la página web: [www.mineco.es/dgdc/sdc](http://www.mineco.es/dgdc/sdc).

2. Los trámites y criterios específicos de utilización de este procedimiento telemático se detallan en el Anexo II de esta Resolución, que aparecerán igualmente detallados en la página web: [www.mineco.es/dgdc/sdc](http://www.mineco.es/dgdc/sdc).

#### Séptimo. Pago

1. El pago de la tasa se realizará conforme a lo dispuesto en el apartado 4.2 de la Orden HAC/729/2003 y su importe se ingresará a través de las cuentas restringidas abiertas en las entidades de depósito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria que tiene encomendada la Agencia Tributaria en los términos establecidos en el apartado 6 de la Orden de 4 de junio de 1998 del Ministerio de Hacienda.

2. La transmisión telemática de la declaración deberá realizarse en la misma fecha en que tenga lugar el ingreso resultante de la misma.

3. Una vez efectuado el pago, la entidad colaboradora facilitará el Número de Referencia Completa (NRC) al interesado, quien, a su vez, lo facilitará al Servicio de Defensa de la Competencia, el cual, previa comprobación del mismo, generará al interesado un mensaje de confirmación de la realización del ingreso. Este mensaje de confirmación permitirá la impresión del modelo de declaración, el cual, junto al NRC, servirá de justificante de la declaración y el pago de la tasa.

#### Octavo. Entrada en vigor

Esta Resolución entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*.

## ANEXO I

### Cumplimentación del modelo 790 para el pago por vía telemática

Este impreso consta de un ejemplar para ser presentado al Servicio de Defensa de la Competencia como justificante del ingreso, junto con el formulario de notificación.

**Características del devengo:** De conformidad con el art. 57 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, el devengo de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración se producirá cuando el sujeto pasivo presente la notificación por la que se inicia la actividad que dará lugar al expediente administrativo.

**Autoliquidación:** Según el art. 19 del 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 lo referente al control de las concentraciones económicas, la tasa se autoliquidará por el sujeto pasivo y el pago voluntario de la tasa se efectuará con ocasión de la presentación de la notificación, debiendo acompañarse a la misma el justificante de haber realizado el ingreso correspondiente. La cuantía de la tasa, como se indica en el art. 57 de la Ley 16/1989, será:

a) De 3.005 euros cuando el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes en el acuerdo de concentración sea igual o inferior a 40.000 millones de pesetas o 240.404.841,75 euros.

b) De 6.010 euros cuando el volumen de ventas global en España de las empresas partícipes sea superior a 40.000 millones de pesetas o 240.404.841,75 euros e igual o inferior a 480.800.000 euros.

c) De 12.020 euros cuando el volumen de ventas global en España de las empresas partícipes sea superior a 480.800.000 euros e igual o inferior a 3.000.000.000 de euros.

d) De una cantidad fija de 24.000 euros cuando el volumen de ventas en España del conjunto de los partícipes sea superior a 3.000.000.000 de euros, más 6.000 euros adicionales por cada 3.000.000.000 de euros en que el mencionado volumen de ventas supere la cantidad anterior, hasta un límite máximo de 60.000 euros.

El obligado al pago (sujeto pasivo) deberá firmar y fechar en el espacio reservado para ello en la parte inferior izquierda del anverso de este documento.

Consecuencias de la falta de ingreso: Si a la presentación de la notificación se presenta la autoliquidación sin ingreso, se procederá a su exacción por la vía de apremio, sin perjuicio de que el Servicio de Defensa de la Competencia instruya el correspondiente expediente, devengándose el recargo del apremio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 127 de la Ley General Tributaria y en los arts. 91 y siguientes del Reglamento General de Recaudación (RD 1684/1990, de 20 de diciembre). Los ingresos correspondientes a declaraciones de autoliquidaciones por esta Tasa realizados fuera de plazo sin requerimiento previo sufrirán los recargos que, para tales supuestos, se determinan en la Ley General Tributaria.

## ANEXO II

### Criterios específicos de utilización de técnicas telemáticas

1. El declarante accederá, a través de Internet o de cualquier otra vía equivalente que permita la conexión, a la dirección [www.mineco.es/dgdc/sdc](http://www.mineco.es/dgdc/sdc) y seleccionará el modelo de declaración que, una vez cumplimentado en todos sus campos, será firmado por el mismo mediante una firma electrónica avanzada admitida según lo dispuesto en esta Resolución.

2. A continuación, se habilitará automáticamente el enlace con la página Web de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a través de la cual se podrá efectuar el pago telemático de la tasa, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4.2 de la Orden HAC/729/2003, a través de las entidades financieras colaboradoras en la gestión recaudatoria a que se refiere la letra d) del segundo párrafo del apartado quinto de esta Resolución.

3. Si la declaración y el pago son aceptados, la entidad financiera colaboradora facilitará al interesado el Número de Referencia Completo (NRC), quien lo deberá facilitar al Servicio de Defensa de la Competencia, que procederá como se indica en el apartado séptimo de esta Resolución.

En el supuesto de que fuesen rechazados, se mostrarán en pantalla los datos y la descripción de los errores detectados. En este caso, se deberá proceder a subsanar los mismos con el programa de ayuda con el que se generó el fichero o repitiendo la presentación si el error fuese originado por otro motivo.

4. Comprobado el NRC por el Servicio de Defensa de la Competencia, se generará al interesado un mensaje de confirmación de la realización del ingreso de la tasa, que permitirá la impresión del modelo de declaración, el cual, junto al NRC, servirá de justificante de la declaración y el pago de la tasa».

— Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 24 julio 2003, por el que se ordena hacer público el Acuerdo de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, en su reunión de 14 de julio de 2003, que aprueba la modificación de las normas de reparto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la mencionada Audiencia (*BOE*, núm. 209, de 1 de septiembre de 2003, p. 33204).

Modificación de las normas de reparto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Se atribuye a la Sección Sexta la resolución de los recursos dirigidos contra actuaciones, entre otros, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Tribunal de Defensa de la Competencia, de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y de la Comisión Nacional de la Energía.

## 2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

— Decreto 84/2003, de 29 julio, de la Consejería de Economía y Administración Pública, relativo a la estructura orgánica básica de la Consejería de Economía y Administración Pública (*Bo del Principado de Asturias*, núm. 176, de 30 de julio de 2003, p. 9954).

El art. 2 de este Decreto atribuye a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Administración Pública «las funciones que corresponden a la Comunidad Autónoma en materia de defensa de la competencia».

Además, su art. 3 establece que al Servicio de Coordinación y Administración General

«le corresponde el estudio e instrucción de expedientes en materia de defensa de la competencia, cooperación con otros organismos e instituciones y propuesta de actuaciones normativas que puedan corresponder en dicha materia y en general cuantas funciones le encomiende quien sea titular de la Secretaría General Técnica de las que ella tiene atribuidas».

— Decreto Foral 270/2003, de 28 julio, del Gobierno de Navarra, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Economía y Hacienda (*Bo de Navarra*, núm. 100, de 6 de agosto de 2003, p. 7812).

El art. 67 del Decreto dispone que

«la Secretaría Técnica del Departamento ejerce, sin perjuicio de las funciones que corresponden al Organismo Autónomo Hacienda Tributaria

de Navarra, la función, entre otras, de la tramitación de expedientes en materia de defensa de la competencia».

— Decreto 37/2003, de 15 julio, de la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local, de atribución de funciones administrativas en desarrollo de la Ley 3/2003, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (*BO de La Rioja*, núm. 88, de 16 de julio de 2003, p. 3556; rect. *BO de La Rioja*, núm. 107, de 28 de agosto de 2003, p. 4215).

El art. 4 del Decreto dispone que corresponde al Director General de Ordenación y Desarrollo Económico de la Consejería de Agricultura y Desarrollo Económico,

«ejercer las competencias en materia de defensa de la competencia respecto de las conductas que puedan alterar o alteren la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma».

— Decreto 117/2003, de 11 julio, de la Consellería de Industria, Comercio y Turismo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Industria, Comercio y Turismo (*DO de la Generalitat Valenciana*, núm. 4543, de 14 de julio de 2003, p. 19521; rect. *DO de la Generalitat Valenciana*, núm. 4547, de 18 de julio de 2003, p. 19714).

El art. 11 del Decreto dispone que

«la Dirección General de Comercio y Consumo ejercerá las funciones en materia de ordenación, defensa de la competencia, reglamentación y control de la actividad comercial y de todos aquellos aspectos relacionados con la comercialización, así como en materia de consumo, información y defensa de los consumidores y usuarios».

Según el art. 12, corresponde al Área de Comercio, dependiente de la mencionada Dirección General,

«las actuaciones en materia de inspección y de defensa de la competencia».



## LEGISLACIÓN COMUNITARIA

— XXXII Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la política de competencia (2002), aprobado por la Comisión el 25 de abril de 2003.

Con este informe, publicado en relación con el Informe General sobre la actividad de la Unión Europea, la Comisión hace un balance de la actividad de la Comisión en materia de política de competencia durante el año 2002. Destaca, en particular: la continuidad en la lucha contra los acuerdos horizontales; la refundición ambiciosa y fundamental de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 CE, en el ámbito antimonopolio, por medio del Reglamento (CE) núm. 1/2003, que brinda una participación más directa a las autoridades nacionales de competencia, así como a los órganos jurisdiccionales nacionales, en la aplicación de las normas comunitarias de competencia, y que elimina progresivamente el sistema de notificaciones; el nuevo examen del Reglamento sobre concentraciones; y la simplificación de los procedimientos en el ámbito de las ayudas estatales debido al buen funcionamiento de su control. La Comisión constata también que, si bien se registra un aumento importante de los asuntos de acuerdos y de abusos de posición dominante, bajó claramente el número de asuntos de concentraciones y sigue siendo estable el de nuevos asuntos de ayudas estatales ([http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2002/](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/)).

### 1. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

#### A. DISPOSICIONES GENERALES

— Comunicación de conformidad con el art. 33 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de la normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DOCE, núm. C 243, de 10 de octubre de 2003) (sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003, *vid. Anuario de la Competencia 2002*, p. 626).

El trámite de información pública abarca no sólo al proyecto de Reglamento que reproduce en la Comunicación, sino también a las seis comunicaciones que están disponibles en la web de la Comisión Europea (<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/>).

Concretamente, las siete propuestas sometidas a información pública son las siguientes:

- Proyecto de reglamento de la Comisión relativo a los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE.
- Proyecto de comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia.
- Proyecto de comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE.
- Proyecto de comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.
- Proyecto de comunicación relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los arts. 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación).
- Proyecto de comunicación Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado.
- Proyecto de comunicación Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado.

## B. DISPOSICIONES SECTORIALES

— Reglamento (CE) núm. 358/2003 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a algunas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DOCE*, núm. L 53, de 28 de febrero de 2003).

La Comisión adoptó un nuevo reglamento de exención por categorías en el sector de seguros. Éste exime, bajo ciertas condiciones, categorías específicas de acuerdos de cooperación entre compañías de seguros. Los acuerdos contemplados se refieren a: la realización en común de cálculos de los riesgos actuales y de estudios sobre los riesgos futuros; el establecimiento de condiciones tipo no vinculantes de las pólizas de seguro; la creación y la gestión de agrupaciones de seguro; el examen y la autorización de equipos de seguridad. Este reglamento entrará en vigor el 1 de abril de 2003, es continuación directa del Reglamento (CEE) núm. 3932/92 y se aplicará hasta el 31 de marzo de 2010.

— Reglas de competencia relativas a los acuerdos de transferencia de tecnología: Comunicación de conformidad con el art. 5 del Reglamento (CEE) núm. 19/65 del Consejo, de 2 de marzo de 1965, sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, modificado en último lugar por el Reglamento (CE) núm. 1/2003 (*DOCE*, núm. C 235, de 1 de octubre de 2003).

La Comisión invita a todas las partes interesadas a enviar sus comentarios sobre los siguientes textos:

- Proyecto de reglamento de la Comisión (CE) sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

- Proyecto de directrices sobre la aplicación del art. 81 del Tratado CE a determinados acuerdos de transferencia de tecnología.

Este reglamento derogará el Reglamento (CE) núm. 240/96, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

— Propuesta de reglamento del Consejo por el que se deroga el Reglamento (CEE) num. 3975/87 y se modifican el Reglamento (CEE) núm. 3976/87 y el Reglamento (CE) núm. 1/2003, en lo que respecta al transporte aéreo entre la Comunidad y terceros países [Documento COM (2003) 91, adoptado por la Comisión el 24 de febrero de 2003].

Como consecuencia de la adopción del Reglamento (CE) núm. 1/2003, la Comisión propone modificar y derogar los reglamentos sobre las normas de competencia en el sector del transporte aéreo con el fin de establecer una estructura de aplicación más eficaz de los procedimientos en materia de acuerdos y abusos de posición dominante entre la Comunidad y los terceros países. En su propuesta la Comisión integra su experiencia en la valoración de alianzas transatlánticas y las consecuencias de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos denominados de “cielo abierto”. Este reglamento derogará el Reglamento (CEE) núm. 3975/87 del Consejo, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo, y modificará el Reglamento (CEE) núm. 3976/87 del Consejo, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo, y 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 Tratado.

— Comunicación en virtud del art. 4 del Reglamento (CEE) núm. 479/92 del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (DOCE, núm. C 233, de 30 de septiembre de 2003).

## 2. CONTROL DE CONCENTRACIONES

— Propuesta de reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Adoptada por la Comisión el 11 de diciembre de 2002 (DOCE, núm. C 20, de 28 de enero de 2003). El Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control

de las concentraciones entre empresas (*DOCE*, núm. L 24, de 29 de enero de 2004).

Sobre la propuesta de la Comisión, *vid. Anuario de la Competencia 2002*, p. 628. El 24 de septiembre de 2003, el Comité Económico y Social Europeo adoptó el correspondiente dictamen en el que se congratula por esta propuesta de reglamento que contempla la refundición de distintos textos jurídicos relativos a las concentraciones. Destaca que es importante que las evaluaciones de una adquisición estén basadas en análisis de mercado precisos a escala mundial. No obstante, por lo que se refiere a los aspectos de procedimiento y, en particular, el procedimiento de reenvío, el Comité considera que la prolongación de los plazos podría constituir un obstáculo para las empresas. Del mismo modo, considera que las restricciones accesorias a la concentración propuestas perjudican a la seguridad jurídica de las empresas. Por último, el Comité considera inadmisibles la facultad de la Comisión de fijar tasas administrativas para la presentación de notificaciones. El 9 de octubre, el Parlamento Europeo se pronunció favorablemente, salvo ciertas enmiendas referentes, en particular, a: la reducción de los plazos de procedimiento, la consideración de criterios dinámicos para determinar una concentración y la introducción de normas que protegen los derechos de defensa, como el derecho, para las personas destinadas a prestar declaraciones de información, a no responder y a no autoacusarse. El acuerdo político en el seno del Consejo Competencia se logró el 26 de noviembre y la adopción formal del Reglamento se produjo el 20 de enero de 2004.

La Comisión ha puesto a disposición pública la guía explicativa y otros documentos prácticos y didácticos relacionados con el nuevo Reglamento en la dirección: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/>.

— Directrices relativas a la evaluación de fusiones horizontales en virtud del Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas [SEC (2003) 1441, de 12 de diciembre de 2003].

El 16 de diciembre de 2003, la Comisión ha adoptado las directrices relativas al análisis de concentraciones entre empresas competidoras (directrices horizontales). Estas directrices completan los cambios realizados en el Reglamento sobre el control de las concentraciones (Reglamento de fusiones). En ellas se precisa que las fusiones y adquisiciones sólo serán denunciadas si suponen un aumento tal de la potencia de mercado de las empresas que la operación pueda tener efectos perjudiciales para los consumidores, especialmente en forma de subidas de precios, disminución de la calidad de los productos o reducción de las posibilidades de elección. En el nuevo criterio sobre el que se basa el examen de las concentraciones se precisa que deberían estar prohibidas todas las concentraciones que puedan tener una incidencia negativa significativa en la competencia, independientemente de que los efectos anticompetitivos fuesen resultado de la creación o el refuerzo de una posición dominante

individual o de que dichos efectos se derivasen de una situación de oligopolio. Las directrices completan este criterio al precisar que una concentración puede afectar a la competencia, ya sea porque supone expulsar a un competidor del mercado y, de esta manera, eliminar un importante factor de competencia, ya sea porque hace aumentar la probabilidad de que las empresas que queden en el mercado se coordinen entre sí.

### 3. AYUDAS DE ESTADO

— Decisión de la Comisión relativa a la exención de la obligación de notificación previa para las ayudas en favor de la investigación y el desarrollo.

En fecha de 19 de diciembre de 2003, la Comisión ha decidido modificar los Reglamentos de exención por categoría relativos a las ayudas a la formación y a las ayudas a las pequeñas y medianas empresas (PYME), incorporando la nueva definición de PYME y facilitando la concesión de ayudas para la investigación y el desarrollo a las PYME sin notificación previa. El Reglamento de exención sigue las líneas generales del marco comunitario para las ayudas a la investigación y el desarrollo, que seguirá siendo aplicable para todas las ayudas notificadas y para las que no entren en el ámbito de objeción del Reglamento de exención.

— Comunicación de la Comisión relativa a los tipos de interés aplicables a efectos de la recuperación de ayudas concedidas ilegalmente (DOCE, núm. C 110, de 8 de mayo de 2003).

— Recomendación 2003/361/CE sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DOCE, núm. L 124, de 20 de mayo de 2003).

Esta recomendación define los términos de microempresa, pequeña y mediana empresa utilizados en las políticas comunitarias aplicadas dentro de la Comunidad y el Espacio Económico Europeo y fija los límites máximos que permiten distinguirlos.

— Comunicación de la Comisión sobre la modificación de las Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión (2002) en lo que respecta a la elaboración de una lista de sectores con problemas estructurales, y sobre una propuesta de medidas apropiadas con arreglo al apartado 1 del art. 88 del Tratado CE relativa a los sectores de los vehículos de motor y las fibras sintéticas (DOCE, núm. C 263, de 1 de noviembre de 2003).

Extensión del régimen de transición a los sectores “sensibles” respecto al marco multisectorial hasta 2006. Este régimen abarca la industria del automóvil y las fibras sintéticas. La extensión resulta de los problemas metodológicos y técnicos encontrados en el establecimiento de la lista de sectores prevista por el marco actual. La Comisión ha decidido no incluir el sector de la construcción naval en el ámbito de aplicación de

las Directrices multisectoriales. Se acuerda, pues, se notifiquen los regímenes de ayudas regionales existentes en el sector de la construcción naval a partir del 1 de enero de 2004.

— Proyecto de reglamento de la Comisión de aplicación del Reglamento (CE) 659/1999, del Consejo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93 del Tratado CE.

La Comisión ha publicado, con fecha de 14 de noviembre de 2003, la propuesta de reglamento, así como los diferentes impresos de notificación de las ayudas estatales ([http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/procedural\\_rules/](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/procedural_rules/)).

— Nuevo formato de los formularios para los reglamentos de exención por categorías ([http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/)).

Desde que en febrero de 2001 y en enero de 2002 entraron en vigor los reglamentos de exención por categorías, la Comisión ha recibido un número cada vez mayor de formularios de información resumida sobre los regímenes aplicados por los Estados miembros. La razón de introducir los reglamentos de exención por categorías era reducir sustancialmente la carga de trabajo de las autoridades del Estado miembro y de la Comisión, transfiriendo la responsabilidad de la aplicación de las normas más sencillas sobre ayudas estatales a las autoridades nacionales.

— Proyecto de reglamento de la Comisión destinado a simplificar la gestión y garantizar un control eficaz de las ayudas estatales en el sector agrícola.

Este proyecto tiene por objeto, de conformidad con el objetivo de modernización y simplificación de las normas en materia de ayudas estatales definido en el Reglamento (CE) núm. 994/98 del Consejo, permitir a los Estados miembros la concesión de determinadas ayudas estatales sin la autorización previa de la Comisión, y agilizar la aplicación de las nuevas ayudas estatales en este sector, así como facilitar la aplicación de los programas nacionales relativos a la potenciación de las normas en materia de protección del medio ambiente, bienestar de los animales y condiciones sanitarias.

— Marco aplicable a las ayudas estatales a la Construcción naval (DOCE, núm. C 317, de 30 de diciembre de 2003).

Comunicación de la Comisión que establece unas normas más ventajosas relativas al apoyo a la innovación en la construcción naval. Este nuevo marco de ayudas estatales en construcción naval permite a la industria reforzar su competitividad, en particular mediante la mejora de las posibilidades de apoyo a la innovación. Según este marco, un proyecto verdaderamente innovador podrá beneficiarse de una ayuda como máximo del 20 por 100, frente al umbral del 10 por 100 aplicable anteriormente.

— Decisión de la Comisión relativa a las nuevas directrices para el sector del transporte marítimo.

La Comisión hizo públicas, el 30 de octubre, las nuevas directrices sobre ayudas estatales en favor del sector del transporte marítimo. Contemplan en particular: reforzar los métodos de control de los efectos de las ayudas estatales; ofrecer nuevas orientaciones sobre exenciones fiscales; garantizar una competencia leal en el mercado interior.

— Impreso para la presentación de denuncias relativas a presuntas ayudas estatales ilegales (*DOCE*, núm. C 116, de 16 de mayo de 2003).

Este impreso de denuncia debería, en principio, servir de ayuda para los denunciantes identificando la información necesaria para que la Comisión pueda examinar las denuncias eficazmente. De este modo, se facilitará la tramitación de las denuncias tanto por parte de la Comisión como de los Estados miembros.

— Informe sobre la aplicación de la comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a las medidas que dependen de los impuestos directos de las empresas [Documento SEC (2003) 1327, adoptado por la Comisión el 26 de octubre de 2003].

Este informe concluye que la comunicación de 1998 sobre las ayudas fiscales es un instrumento adecuado para el examen de las ayudas fiscales en favor de las empresas internacionales. El informe describe también un estudio relativo a la relación entre la comunicación y el código de conducta sobre fiscalidad de las empresas, destinado también a reducir las distorsiones de competencia en el mercado interior ([http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/legislation/aid3.html#B](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html#B)).

— Resolución del Parlamento Europeo sobre el cierre de empresas tras recibir ayuda financiera de la Unión Europea [Resolución P5\_TA (2003) 0106].

En esta Resolución adoptada el 13 de marzo de 2003, a fin de preservar los empleos y evitar que la financiación pública subvencione directa o indirectamente los traslados en el seno de la Unión Europea, el Parlamento solicita a la Comisión que tome medidas para combatir determinadas prácticas comerciales injustas que se traducen, o bien por traslados a otro país, una vez conseguida la financiación, sin haber respetado los compromisos en materia de empleo y desarrollo local asumidos por los responsables de las empresas afectadas ante los Estados miembros que conceden dicha financiación, o bien por traslados efectuados para lograr una financiación pública o para aprovecharse de mano de obra más barata.

— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Puesta al día de la primavera de 2003» [Documento COM (2003) 225, adoptado por la Comisión el 30 de abril de 2003].

El marcador de la Comisión sobre ayudas estatales indica que continúa la reducción del nivel global de las ayudas. Durante un período repre-

sentativo de cinco años, entre 1997 y 2001, las ayudas estatales pasaron de 102.000 millones de euros a 86.000 millones de euros. Alemania e Italia fueron los Estados miembros donde se produjo una mayor disminución. En general, los Estados miembros respetan el compromiso asumido en Estocolmo, destinado a reducir el importe global de las ayudas y su reorientación hacia objetivos horizontales de interés común ([http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/scoreboard/index.es.html](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/index.es.html)).

— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Puesta al día del otoño de 2003» [Documento COM (2003) 636, adoptado por la Comisión el 29 de octubre de 2003].

Los marcadores de la Comisión indican que, si bien algunos Estados miembros concedieron regularmente, durante los diez últimos años aproximadamente, ayudas de salvamento y ayudas a la reestructuración de empresas en dificultades, más de la mitad de ellos se abstuvieron manifiestamente de practicar esta política. Se reconoce ampliamente que las ayudas de salvamento y las ayudas a la reestructuración constituyen uno de los tipos de ayudas estatales que más efectos de distorsión a la competencia pueden implicar. Los marcadores se ocupan también de las medidas adoptadas por los Estados miembros para dar curso a las distintas conclusiones del Consejo relativas a las ayudas estatales, que se refieren a la reducción del nivel global de las ayudas, a su reorientación hacia objetivos horizontales y a la medida de su eficacia. Por último, hace balance del estado actual del programa de reforma de la Comisión en el ámbito de las ayudas estatales ([http://europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/scoreboard/index.es.html](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/index.es.html)).

#### 4. LIBERALIZACIÓN

— Libro Verde de la Comisión sobre los servicios de interés general [Documento COM (2003) 270, adoptado por la Comisión el 21 de mayo de 2003].

Con este Libro Verde, la Comisión emprende una revisión completa de sus políticas en relación con los servicios de interés general. Persigue el objetivo de organizar un debate abierto sobre el papel global de la Unión en la definición de los objetivos de interés general perseguidos por estos servicios y sobre la manera en que se organizan, financian y evalúan. Al mismo tiempo, el Libro Verde reafirma la contribución significativa que aportan el mercado interior y las normas de la competencia a la modernización y a la mejora de la calidad y la eficacia de numerosos servicios públicos, en beneficio de los ciudadanos y empresas de Europa. En este contexto, el Libro Verde tiene en cuenta también la globalización y la liberalización, y plantea además la cuestión de si conviene crear un marco jurídico general a escala comunitaria para los servicios de interés general. Pretende tratar estas materias planteando cuestiones que se refieren a los siguientes aspectos: el alcance de posibles iniciativas comuni-



tarias suplementarias que apliquen el Tratado respetando íntegramente el principio de subsidiariedad; los principios susceptibles de incluirse en una posible legislación marco sobre los servicios de interés general y las ventajas concretas de tal legislación; la definición de la buena gobernanza en materia de organización, reglamentación, financiación y evaluación de los servicios de interés general; el examen de cualquier nueva medida que deba adoptarse para aumentar la seguridad jurídica y permitir una coordinación coherente y armoniosa entre el objetivo del mantenimiento de servicios de interés general de calidad y la aplicación rigurosa de las normas relativas a la competencia y al mercado interior.

— Comunicación de la Comisión relativa a «Reglamento y Mercados de Comunicaciones Electrónicas Europeas 2003 - Informe sobre la aplicación del paquete regulador de comunicaciones electrónicas de la UE» [Documento COM (2003) 715, adoptado por la Comisión el 19 de noviembre de 2003].

En este noveno informe sobre la aplicación de la normativa de la Unión Europea relativa a los mercados de las telecomunicaciones, denominados en lo sucesivo mercados de las comunicaciones electrónicas, la Comisión indica el estado de incorporación al Derecho nacional de los Estados miembros del paquete de directivas sobre las comunicaciones electrónicas, que opera una refundición total del primer paquete sobre telecomunicaciones y liberaliza el mercado.

— Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, sobre declaraciones sobre las actividades de desmantelamiento y de gestión de residuos (*DOCE*, núm. L 176, de 15 de julio de 2003).

— Reglamento (CE) núm. 1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad (*DOCE*, núm. L 176, de 15 de julio de 2003).

— Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE (*DOCE*, núm. L 176, de 15 de julio de 2003, corrección de errores *DOCE*, núm. L 16, de 23 de enero de 2004).

— Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas [Documento COM (2003) 741, adoptado por la Comisión el 10 de diciembre de 2003].

## 5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

— Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Japón sobre cooperación en la lucha contra las actividades contrarias a la competencia (*DOCE*, núm. L 183, de 22 de julio de 2003).

El Acuerdo fija 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 2002 a 31 de diciembre de 2002 [Documento COM (2003) 500, adoptado por la Comisión el 13 de agosto de 2003, [http://europa.eu.int/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=es&DosId=184952](http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=184952)].

La Comisión observa que los acuerdos siguen proporcionando un marco para una cooperación constructiva y útil entre la Comisión y los Estados Unidos de América y Canadá. Además, destaca que la cooperación entre la Comisión y sus homólogos estadounidenses y canadienses siguió aportando ventajas de ambos lados del Atlántico con la resolución eficaz de una serie de asuntos. La Comisión constata con satisfacción que esta cooperación beneficia tanto a las autoridades de competencia como a las empresas implicadas gracias a las soluciones encontradas, que son compatibles con los criterios de ambas partes.

— Declaración sobre el inicio del diálogo sobre competencia entre la Unión Europea y China (nota de prensa IP/03/1587, de 24 de noviembre de 2003).





# ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA \*

## CAPÍTULO I

### Naturaleza, adscripción y régimen jurídico

#### *Art. 1. Naturaleza jurídica*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia, según lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, es un organismo autónomo de los previstos en el art. 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar, adscrito al Ministerio de Economía a través de la Secretaría de Estado de Economía.

2. Sin perjuicio de su adscripción administrativa, el Tribunal de Defensa de la Competencia ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.

#### *Art. 2. Régimen jurídico*

El Tribunal de Defensa de la Competencia se regirá por lo dispuesto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia; en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre; en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; en el texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por el Decreto 1022/1964, de 15 de abril; en este Estatuto, y, en general, en las normas que desarrollan las disposiciones citadas y en aquellas otras que resulten de aplicación.

\* Aprobado mediante Real Decreto 864/2003, de 4 julio, BOE, núm. 164, de 10 de diciembre de 2003, p. 26971.

## CAPÍTULO II

**Objeto y competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia***Art. 3. Objeto y fines generales*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene como fin general el de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y garantizar la existencia de una competencia efectiva en éstos, protegiéndola mediante el ejercicio de las funciones de resolución, informe y propuesta que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, u otras disposiciones de rango legal le atribuyan expresamente.

2. Su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia, se extiende a todo el territorio español.

*Art. 4. Competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia*

1. Para el cumplimiento del objeto señalado en el artículo anterior, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia el ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y, en especial, las siguientes:

a) Resolver y dictaminar los asuntos que tiene atribuidos por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en dicha Ley.

b) Autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en los supuestos y con los requisitos previstos en su art. 3.

c) Aplicar en España los arts. 81.1 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado.

d) Informar, de acuerdo con lo previsto en el art. 15 bis.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, sobre las operaciones de concentración económica de dimensión comunitaria remitidas a España por la Comisión Europea en aplicación de las normas comunitarias de control de concentraciones.

e) Dictaminar los proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales, según establece la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

f) Interesar la instrucción de expedientes por el Servicio de Defensa de la Competencia.

g) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y, en particular, las establecidas en el art. 7 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos.

h) Elaborar el informe que, en cuanto a eventuales indemnizaciones de daños y perjuicios, prevé el art. 13 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

i) Elaborar el informe que, en materia de ayudas públicas, prevé el art. 19 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

j) Evacuar, a solicitud de la Junta consultiva en materia de conflictos, el informe previsto en el art. 3.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia.

k) Recabar de los órganos autonómicos competentes el informe preceptivo no vinculante al que se refiere el art. 5.4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, en relación con aquellas conductas que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.

l) Las demás que establezcan las Leyes.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá ser consultado en materia de competencia por las Cámaras legislativas, el Gobierno, los distintos departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales, las Cámaras de comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia promoverá y realizará trabajos de investigación en materia de competencia.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía, para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales.

5. El Tribunal de Defensa de la Competencia informará los proyectos o proposiciones de ley por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como los proyectos de normas reglamentarias que la desarrollen y, en particular, los proyectos de reglamentos de exención por categorías.

6. Sin perjuicio del plazo previsto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y su normativa de desarrollo en relación a la emisión de dictámenes en materia de control de concentraciones económicas, el Tribunal, en el ejercicio de las funciones consultivas, para la emisión de los informes solicitados por el Gobierno de la Nación y el Ministro de Economía, dispondrá de un plazo máximo de tres meses. No obstante, en los supuestos de urgencia, así declarados en la solicitud de tales informes, éstos deberán ser evacuados en el plazo de un mes.

### CAPÍTULO III

#### Estructura del Tribunal de Defensa de la Competencia

##### SECCIÓN 1.<sup>a</sup> DE LOS MÁXIMOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

###### *Art. 5. Máximos órganos de dirección del Tribunal de Defensa de la Competencia*

Son máximos órganos de dirección del Tribunal de Defensa de la Competencia:

- a) El Presidente.
- b) El Pleno.

##### SECCIÓN 2.<sup>a</sup> DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

###### *Art. 6. Del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia*

1. Al frente del organismo autónomo habrá un Presidente, con rango de Secretario de Estado, que será Presidente del Pleno.

2. Corresponde al Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia:

- a) Ostentar la representación legal del organismo.
- b) Vigilar el desarrollo de las actividades del organismo, velando por el cumplimiento de este Estatuto y sus normas de desarrollo.
- c) La dirección, coordinación, evaluación y supervisión de los órganos de él dependientes.
- d) Dar cuenta al Ministerio de Economía de las vacantes que se produzcan en el Pleno del Tribunal.
- e) Ejercer funciones de jefatura en relación con el personal del Tribunal, de acuerdo con las funciones atribuidas por la legislación específica.
- f) Aprobar los gastos y ordenar los pagos del Tribunal, salvo los casos reservados a la competencia del Gobierno, y efectuar la rendición de cuentas del organismo de conformidad con lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.
- g) Ser órgano de contratación del Tribunal.
- h) Suscribir, previa autorización del Pleno, convenios de colaboración con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el marco de lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 1/2002.
- i) Designar a tres vocales para que formen parte del Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia en representación de la Administración General del Estado.
- j) Resolver las reclamaciones previas a la vía judicial civil o laboral.
- k) Resolver las cuestiones no asignadas al Pleno.



3. El Presidente podrá delegar las funciones que le atribuye este Estatuto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Del Presidente dependen los siguientes órganos con rango de subdirección general:

a) Gabinete del Presidente.

b) La Gerencia, a la que corresponde la gestión de recursos humanos, régimen interior, mantenimiento y conservación, gestión de suministros y contratación administrativa. Asimismo, le corresponderá la gestión presupuestaria, financiera, contable y patrimonial del organismo autónomo, así como la preparación y elaboración del anteproyecto de su presupuesto, y el seguimiento y control de su ejecución, la preparación de la liquidación y rendición de la cuenta del organismo y la actualización permanente de su patrimonio.

c) La Subdirección General de Informes, que se encargará de prestar la asistencia técnica requerida en la elaboración de los informes que deba realizar el Tribunal de Defensa de la Competencia.

d) La Subdirección General de Estudios, que se encargará de realizar estudios de investigación en materia de competencia, de sectores económicos y de mercados.

5. La Intervención Delegada se adscribe orgánicamente al Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y tendrá el nivel orgánico que se determine en la relación de puestos de trabajo, sin perjuicio de su dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado, en los términos que se establecen en su normativa específica.

6. Se adscribe al Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de su dependencia orgánica y funcional de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, la Abogacía del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, con las funciones que le atribuyen sus normas específicas, y cuyo nivel se determinará en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

### SECCIÓN 3.<sup>a</sup> DEL PLENO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

#### *Art. 7. El Pleno. Composición y nombramiento*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia estará regido por el Pleno al que corresponderá el ejercicio de las funciones especificadas en el art. 4 de este Estatuto, que no serán delegables.

2. El Pleno estará integrado por un Presidente y ocho Vocales nombrados mediante real decreto, a propuesta del Ministro de Economía, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio,

y estará asistido por un Secretario al que corresponden las funciones previstas en el art. 16 de este Estatuto.

Cuando el nombramiento de los miembros del Pleno recaiga en personas al servicio de las Administraciones públicas en activo, pasarán, en caso de ser funcionarios, a la situación administrativa de servicios especiales.

#### *Art. 8. Duración del mandato del Presidente y de los Vocales*

1. El nombramiento del Presidente y los Vocales será por cinco años, renovables por una sola vez. No obstante, expirado el plazo del mandato correspondiente a las vocalías del Tribunal, así como de la presidencia, continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta la toma de posesión de los nuevos Vocales o, en su caso, del Presidente.

2. Si durante el período de duración del mandato correspondiente a una vocalía se produjera el cese de su titular, su sucesor cesará al término del referido mandato.

3. Cuando este último cese se produzca antes de haber transcurrido un año desde el nombramiento, no resultará de aplicación el límite previsto en el apartado 1, y podrá ser renovado el mandato en dos ocasiones.

#### *Art. 9. Funciones del Pleno*

Corresponde al Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, además de aprobar las resoluciones, medidas, dictámenes e informes a los que se hace referencia en el capítulo II anterior:

a) Elaborar su reglamento de régimen interior, en el que se establecerá su funcionamiento administrativo y la organización de sus servicios.

b) Elegir de entre sus miembros al Vicepresidente.

c) Resolver sobre las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones por el Presidente, Vicepresidente y Vocales.

d) Nombrar y acordar el cese del Secretario.

e) Proponer o, en su caso, informar el proyecto de relación de puestos de trabajo del personal al servicio del Tribunal.

f) Preparar el anteproyecto de presupuestos del Tribunal.

g) Elaborar la memoria anual.

h) Mantener relaciones con otros organismos análogos.

#### *Art. 10. Incompatibilidades*

El Presidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia, en su condición de altos cargos de la Administración General del Estado, ejercerán su función con dedicación absoluta y estarán sometidos al régimen de incompatibilidad de actividades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración General del

Estado en la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y en sus disposiciones de desarrollo.

Se exceptúa de lo anterior el desempeño ocasional de cargos o actividades en organismos internacionales en representación o por encargo del Gobierno español, por los que no se podrá percibir cantidad alguna, salvo las dietas e indemnizaciones reglamentarias que pudieran corresponder.

#### *Art. 11. Régimen de funcionamiento del Pleno*

1. El Pleno se entiende válidamente constituido con la asistencia del Presidente o Vicepresidente y cinco Vocales, asistidos todos ellos por el Secretario.

2. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los asistentes. En caso de empate decidirá el voto de quien presida.

3. El reglamento de régimen interior del Tribunal de Defensa de la Competencia regulará el funcionamiento del Pleno y, en particular, el régimen de convocatoria y sesiones, de acuerdo con lo establecido en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en el capítulo IV del título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

#### *Art. 12. Causas de cese y suspensión en el ejercicio de su cargo*

1. El Presidente, el Vicepresidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia cesarán en su cargo:

- a) Por renuncia.
- b) Por expiración del término de su mandato.
- c) Por incompatibilidad sobrevenida.
- d) Por haber sido condenado por delito doloso.
- e) Por incapacidad permanente.
- f) Por cese, determinado por incumplimiento grave de los deberes de su cargo a propuesta de tres cuartas partes del Pleno del Tribunal.

2. El Presidente, el Vicepresidente y los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia sólo podrán ser suspendidos en el ejercicio de su cargo:

- a) Cuando se dictara contra ellos auto de prisión o de procesamiento por delito doloso.
- b) Cuando se acuerde en expediente disciplinario o de declaración de incapacidad transitoria.
- c) Por sentencia firme condenatoria que imponga la suspensión como pena principal o accesoria.

### *Art. 13. Régimen retributivo*

Las retribuciones del Presidente y de los Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia se determinarán conforme a lo previsto para los altos cargos de la Administración General del Estado en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

### *Art. 14. Presidente del Pleno*

1. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 6, será Presidente del Pleno el Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. Corresponde al Presidente del Pleno el ejercicio de las siguientes funciones:

a) Ejercer, en general, las competencias que a los Presidentes de los órganos colegiados administrativos atribuye la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b) Mantener el buen orden y gobierno del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia.

c) Convocar el Pleno por propia iniciativa o a petición de, al menos, tres de los Vocales, y presidirlo.

d) Establecer el criterio de distribución de asuntos entre los Vocales, las salas y secciones.

El Presidente podrá delegar en el Vicepresidente aquellas facultades que considere convenientes y sean susceptibles de delegación.

### *Art. 15. Del Vicepresidente del Pleno*

1. El Pleno elegirá entre los Vocales un Vicepresidente. En caso de empate será elegido el Vocal de mayor antigüedad en el cargo y, a igualdad de antigüedad, el de mayor edad.

2. El Vicepresidente sustituirá al Presidente del Pleno en caso de vacante, ausencia o enfermedad y ejercerá las funciones que le delegue el Presidente.

3. En tanto no se produzca el nombramiento del Vicepresidente, y en casos de ausencia del Presidente y del Vicepresidente, ejercerá la presidencia el vocal de mayor antigüedad y, a igualdad de antigüedad, el de mayor edad.

### *Art. 16. Del Secretario del Pleno*

1. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia nombrará un Secretario al que corresponderá, en general, el ejercicio de las competencias que a los Secretarios de los órganos colegiados administrativos atribuye la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. El Secretario asistirá al Pleno, al Presidente y a los Vocales en los asuntos y gestiones propios de sus funciones y en la preparación de las reuniones del Pleno, al que asistirá con voz pero sin voto. Al Secretario le corresponderá el asesoramiento sobre la legalidad de los actos y acuerdos que se sometan al Pleno, cuidando de la observancia de los trámites y plazos de los procedimientos.

3. Al Secretario le corresponderá, igualmente, la custodia de expedientes, actuaciones y documentos del Tribunal y la admisión y tramitación de los asuntos relacionados con las funciones del Tribunal.

4. Los requisitos del cargo de Secretario se determinarán en la relación de puestos de trabajo, y su titular deberá ser un funcionario con titulación de Doctor o Licenciado en Derecho, perteneciente a cuerpos o escalas del grupo «A» al servicio de la Administración General del Estado.

5. En caso de ausencia, vacante o enfermedad, el Secretario será sustituido temporalmente por quien designe el Presidente.

#### *Art. 17. Deber de secreto*

Todos los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia que tomen parte en la tramitación de los expedientes previstos en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, o, en razón de su cargo, conozcan tales expedientes deberán guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos.

### **CAPÍTULO IV**

#### **Personal del Tribunal de Defensa de la Competencia**

#### *Art. 18. Personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia*

El personal al servicio del Tribunal de Defensa de la Competencia será funcionario o laboral en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado y estará sujeto al mismo régimen de incompatibilidades y cumplimiento del deber de secreto.

### **CAPÍTULO V**

#### **Contratación, patrimonio y presupuesto**

#### *Art. 19. Contratación*

La contratación del Tribunal de Defensa de la Competencia se regirá por las normas generales de la contratación de las Administraciones públicas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General

del Estado, y en el art. 20 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

#### *Art. 20. Patrimonio e inventario*

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia tendrá patrimonio propio independiente del patrimonio del Estado.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia formará y mantendrá actualizado su inventario de bienes y derechos, tanto de los propios como de los bienes del patrimonio del Estado adscritos al organismo autónomo, que se revisará anualmente, con referencia al 31 de diciembre, y se someterá a la aprobación del Presidente del Tribunal. El inventario y sus modificaciones se remitirán anualmente al Ministerio de Hacienda.

#### *Art. 21. Recursos económicos*

1. Para el desarrollo de sus fines, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, los recursos del Tribunal de Defensa de la Competencia estarán integrados por:

- a) Los bienes y valores que constituyan su patrimonio y los productos y rentas de éste.
- b) Los ingresos que esté autorizado a obtener.
- c) Las dotaciones que pueda percibir a través de los Presupuestos Generales del Estado.

2. Los ingresos propios del Tribunal de Defensa de la Competencia estarán constituidos por el 50 por 100 de la recaudación obtenida por la tasa por el análisis y estudio de las operaciones de concentración, de acuerdo con lo previsto en el apartado 9 del art. 57 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

#### *Art. 22. Presupuesto y control económico y financiero*

1. El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del Tribunal de Defensa de la Competencia será el establecido por la Ley General Presupuestaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará anualmente un anteproyecto de presupuesto con la estructura que señale el Ministerio de Hacienda y lo remitirá a éste, a través del Ministerio de Economía, para su elevación al Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado.

3. El control interno del Tribunal de Defensa de la Competencia se llevará a cabo por la Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado en el organismo autónomo, sin perjuicio de las funciones que correspondan al Tribunal de Cuentas.

4. El Ministerio de Economía, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley General Presupuestaria y de acuerdo con lo establecido en el art. 51 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ejercerá el control de eficacia sobre la actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia. Dicho control tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.

Con carácter anual, el Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará una programación de sus actividades, que remitirá al Ministerio de Economía a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior.

5. El Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará anualmente una memoria de actividades.

## CAPÍTULO VI

### Actos y resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

#### *Art. 23. Actos que agotan la vía administrativa*

1. En los procedimientos en materia de defensa de la competencia, contra la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

2. En otro tipo de procedimientos, los actos del Tribunal de Defensa de la Competencia son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A estos efectos, ponen fin a la vía administrativa los actos y resoluciones adoptados por el Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia en el ejercicio de sus funciones, contra los que cabrá interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio del recurso potestativo de reposición previsto en dicha Ley.

#### *Disposición Final Única. Reglamento de régimen interior*

En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este Estatuto, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia elaborará y aprobará su reglamento de régimen interior, en el que se establecerá su funcionamiento administrativo y la organización de sus servicios. Una vez aprobado el reglamento, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».





## LEY MODELO SOBRE COMPETENCIA \*

### CHAPTER I. OBJECTIVES OR PURPOSE OF THE LAW

To control or eliminate restrictive agreements or arrangements among enterprises, or mergers and acquisitions or abuse of dominant positions of market power, which limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, adversely affecting domestic or international trade or economic development.

### CHAPTER II. DEFINITIONS AND SCOPE OF APPLICATION

#### I. DEFINITIONS

(a) “Enterprises” means firms, partnerships, corporations, companies, associations and other juridical persons, irrespective of whether created or controlled by private persons or by the State, which engage in commercial activities, and includes their branches, subsidiaries, affiliates or other entities directly or indirectly controlled by them.

(b) “Dominant position of market power” refers to a situation where an enterprise, either by itself or acting together with a few other enterprises, is in a position to control the relevant market for a particular good or service or group of goods or services.

(c) “Mergers and acquisitions” refers to situations where there is a legal operation between two or more enterprises whereby firms legally unify ownership of assets formerly subject to separate control. Those situations include takeovers, concentrative joint ventures and other acquisitions of control such as interlocking directorates.

(d) “Relevant market” refers to the general conditions under which sellers and buyers exchange goods, and implies the definition of the boun-

---

\* Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Model Law on Competition. Substantive Possible Elements for a competition law, commentaries and alternative approaches in existing legislations*, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, documento TD/B/RBP/CONF.5/7/Rev.1, 2003, 91 páginas. Se transcribe únicamente el texto del proyecto de ley modelo. El documento contiene, además, un comentario sobre cada uno de los capítulos del proyecto de ley.

daries that identify groups of sellers and of buyers of goods within which competition is likely to be restrained. It requires the delineation of the product and geographical lines within which specific groups of goods, buyers and sellers interact to establish price and output. It should include all reasonably substitutable products or services, and all nearby competitors, to which consumers could turn in the short term if the restraint or abuse increased prices by a not insignificant amount.

## II. SCOPE OF APPLICATION

(a) Applies to all enterprises as defined above, in regard to all their commercial agreements, actions or transactions regarding goods, services or intellectual property.

(b) Applies to all natural persons who, acting in a private capacity as owner, manager or employee of an enterprise, authorize, engage in or aid the commission of restrictive practices prohibited by the law.

(c) Does not apply to the sovereign acts of the State itself, or to those of local governments, or to acts of enterprises or natural persons which are compelled or supervised by the State or by local governments or branches of government acting within their delegated power.

## CHAPTER III. RESTRICTIVE AGREEMENTS OR ARRANGEMENTS

### I. PROHIBITION OF THE FOLLOWING AGREEMENTS BETWEEN RIVAL OR POTENTIALLY RIVAL FIRMS, REGARDLESS OF WHETHER SUCH AGREEMENTS ARE WRITTEN OR ORAL, FORMAL OR INFORMAL

(a) Agreements fixing prices or other terms of sale, including in international trade;

(b) Collusive tendering;

(c) Market or customer allocation;

(d) Restraints on production or sale, including by quota;

(e) Concerted refusals to purchase;

(f) Concerted refusal to supply;

(g) Collective denial of access to an arrangement, or association, which is crucial to competition.

### II. AUTHORIZATION OR EXEMPTION

Practices falling within paragraph I, when properly notified in advance, and when engaged in by firms subject to effective competition, may be

authorized or exempted when competition officials conclude that the agreement as a whole will produce net public benefit.

## CHAPTER IV. ACTS OR BEHAVIOUR CONSTITUTING AN ABUSE OF A DOMINANT POSITION OF MARKET POWER

### I. PROHIBITION OF ACTS OR BEHAVIOUR INVOLVING AN ABUSE, OR ACQUISITION AND ABUSE, OF A DOMINANT POSITION OF MARKET POWER

A prohibition on acts or behaviour involving an abuse or acquisition and abuse of a dominant position of market power:

(i) Where an enterprise, either by itself or acting together with a few other enterprises, is in a position to control a relevant market for a particular good or service, or groups of goods or services;

(ii) Where the acts or behaviour of a dominant enterprise limit access to a relevant market or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on trade or economic development.

### II. ACTS OR BEHAVIOUR CONSIDERED AS ABUSIVE

(a) Predatory behaviour towards competitors, such as using below cost pricing to eliminate competitors;

(b) Discriminatory (i.e. unjustifiably differentiated) pricing or terms or conditions in the supply or purchase of goods or services, including by means of the use of pricing policies in transactions between affiliated enterprises which overcharge or undercharge for goods or services purchased or supplied as compared with prices for similar or comparable transactions outside the affiliated enterprises;

(c) Fixing the prices at which goods sold can be resold, including those imported and exported;

(d) Restrictions on the importation of goods which have been legitimately marked abroad with a trademark identical with or similar to the trademark protected as to identical or similar goods in the importing country where the trademarks in question are of the same origin, i.e. belong to the same owner or are used by enterprises between which there is economic, organizational, managerial or legal interdependence, and where the purpose of such restrictions is to maintain artificially high prices;

(e) When not for ensuring the achievement of legitimate business purposes, such as quality, safety, adequate distribution or service:

(i) Partial or complete refusal to deal on an enterprise's customary commercial terms;

(ii) Making the supply of particular goods or services dependent upon the acceptance of restrictions on the

distribution or manufacture of competing or other goods;

(iii) Imposing restrictions concerning where, or to whom, or in what form or quantities, goods supplied or other goods may be resold or exported;

(iv) Making the supply of particular goods or services dependent upon the purchase of other goods or services from the supplier or his designee.

### III. AUTHORIZATION OR EXEMPTION

Acts, practices or transactions not absolutely prohibited by the law may be authorized or exempted if they are notified, as described in article 7, before being put into effect, if all relevant facts are truthfully disclosed to competent authorities, if affected parties have an opportunity to be heard, and if it is then determined that the proposed conduct, as altered or regulated if necessary, will be consistent with the objectives of the law.

## CHAPTER V. NOTIFICATION, INVESTIGATION AND PROHIBITION OF MERGERS AFFECTING CONCENTRATED MARKETS

### I. NOTIFICATION MERGERS, TAKEOVERS, JOINT VENTURES OR OTHER ACQUISITIONS OF CONTROL, INCLUDING INTERLOCKING DIRECTORSHIPS, WHETHER OF A HORIZONTAL, VERTICAL, OR CONGLOMERATE NATURE, SHOULD BE NOTIFIED WHEN

(i) At least one of the enterprises is established within the country; and

(ii) The resultant market share in the country, or any substantial part of it, relating to any product or service, is likely to create market power, especially in industries where there is a high degree of market concentration, where there are barriers to entry and where there is a lack of substitutes for a product supplied by firms whose conduct is under scrutiny.

### II. PROHIBITION

*Mergers, takeovers, joint ventures or other acquisitions of control, including interlocking directorships, whether of a horizontal, vertical or conglomerate nature, should be prohibited when:*

The proposed transaction substantially increases the ability to exercise market power (e.g. to give the ability to a firm or group of firms acting jointly to profitably maintain prices above competitive levels for a significant period of time); and

The resultant market share in the country, or any substantial part of it, relating to any product or service, will result in a dominant firm or in a significant reduction of competition in a market dominated by very few firms.

### III. INVESTIGATION PROCEDURES

Provisions to allow investigation of mergers, takeovers, joint ventures or other acquisitions of control, including interlocking directorships, whether of a horizontal, vertical or conglomerate nature, which may harm competition could be set out in a regulation regarding concentrations.

In particular, no firm should, in the cases coming under the preceding subsections, effect a merger until the expiration of a (...) day waiting period from the date of the issuance of the receipt of the notification, unless the competition authority shortens the said period or extends it by an additional period of time not exceeding (...) days with the consent of the firms concerned, in accordance with the provisions of Possible Elements for Article 7 below. The authority could be empowered to demand documents and testimony from the parties and from enterprises in the affected relevant market or lines of commerce, with the parties losing additional time if their response is late.

If a full hearing before the competition authority or before a tribunal results in a finding against the transaction, acquisitions or mergers could be subject to being prevented or even undone whenever they are likely to lessen competition substantially in a line of commerce in the jurisdiction or in a significant part of the relevant market within the jurisdiction.

## CHAPTER VI

### I. NOTIFICATION BY ENTERPRISES

1. When practices fall within the scope of articles 3 and 4 and are not prohibited outright, and hence the possibility exists for their authorization, enterprises could be required to notify the practices to the Administering Authority, providing full details as requested.

2. Notification could be made to the Administering Authority by all the parties concerned, or by one or more of the parties acting on behalf of the others, or by any persons properly authorized to act on their behalf.

3. It could be possible for a single agreement to be notified where an enterprise or person is party to restrictive agreements on the same terms with a number of different parties, provided that particulars are also given of all parties, or intended parties, to such agreements.

4. Notification could be made to the Administering Authority where any agreement, arrangement or situation notified under the provisions of the law has been subject to change either in respect of its terms or in respect of the parties, or has been terminated (otherwise than by effluxion of time), or has been abandoned, or if there has been a substantial change in the situation [within ( ) days/months of the event] (immediately).

5. Enterprises could be allowed to seek authorization for agreements or arrangements falling within the scope of articles 3 and 4, and existing on the date of the coming into force of the law, with the proviso that they be notified within [( ) days/months] of such date.

6. The coming into force of agreements notified could depend upon the granting of authorization, or upon expiry of the time period set for such authorization, or provisionally upon notification.

7. All agreements or arrangements not notified could be made subject to the full sanctions of the law, rather than mere revision, if later discovered and deemed illegal.

## II. ACTION BY THE ADMINISTERING AUTHORITY

1. Decision by the Administering Authority (within ( ) days/ months of the receipt of full notification of all details), whether authorization is to be denied, granted or granted subject where appropriate to the fulfillment of conditions and obligations.

2. Periodical review procedure for authorizations granted every ( ) months/years, with the possibility of extension, suspension, or the subjecting of an extension to the fulfillment of conditions and obligations.

3. The possibility of withdrawing an authorization could be provided, for instance, if it comes to the attention of the Administering Authority that:

(a) The circumstances justifying the granting of the authorization have ceased to exist;

(b) The enterprises have failed to meet the conditions and obligations stipulated for the granting of the authorization;

(c) Information provided in seeking the authorization was false or misleading.

## CHAPTER VII. THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPETITION AUTHORITY AND REGULATORY BODIES, INCLUDING SECTORAL REGULATORS

### *Relationship between competition policy and regulation*

#### I. ADVOCACY ROLE OF COMPETITION AUTHORITIES WITH REGARD TO REGULATION AND REGULATORY REFORM

An economic and administrative regulation issued by executive authorities, local self-government bodies or bodies enjoying a governmental delegation, especially when such a regulation relates to sectors operated by infrastructure industries, should be subjected to a transparent review process by competition authorities prior to its adoption. Such should in particular be the case if this regulation limits the independence and liberty of action of economic agents and/or if it creates discriminatory or, on the contrary, favourable conditions for the activity of particular firms public or private - and/or if it results or may result in a restriction of competition and/or infringement of the interests of firms or citizens.

In particular, regulatory barriers to competition incorporated in the economic and administrative regulation, should be assessed by competition authorities from an economic perspective, including for general-interest reasons.

#### II. DEFINITION OF REGULATION

The term "regulation" refers to the various instruments by which Governments impose requirements on enterprises and citizens. It thus embraces laws, formal and informal orders, administrative guidance and subordinate rules issued by all levels of government, as well as rules issued by nongovernmental or professional self-regulatory bodies to which Governments have delegated regulatory powers.

#### III. DEFINITION OF REGULATORY BARRIERS TO COMPETITION

As differentiated from structural and strategic barriers to entry, regulatory barriers to entry result from acts issued or acts performed by governmental executive authorities, by local self-government bodies, and by non-governmental or selfregulatory bodies to which Governments have delegated regulatory powers. They include administrative barriers to entry into a market, exclusive rights, certificates, licences and other permits for starting business operations.

#### IV. PROTECTION OF GENERAL INTEREST

Irrespective of their nature and of their relation to the market, some service activities performed by private or government-owned firms can be considered by Governments to be of general interest. Accordingly, the providers of services of general interest can be subject to specific obligations, such as guaranteeing universal access to various types of quality services at affordable prices. These obligations, which belong to the area of social and economic regulation, should be set out in a transparent manner.

#### CHAPTER VIII. SOME POSSIBLE ASPECTS OF CONSUMER PROTECTION

In a number of countries, consumer protection legislation is separate from restrictive business practices legislation.

#### CHAPTER IX. THE ADMINISTERING AUTHORITY AND ITS ORGANIZATION

1. The establishment of the Administering Authority and its title.
2. Composition of the Authority, including its chairmanship and number of members, and the manner in which they are appointed, including the authority responsible for their appointment.
3. Qualifications of persons appointed.
4. The tenure of office of the chairman and members of the Authority, for a stated period, with or without the possibility of reappointment, and the manner of filling vacancies.
5. Removal of members of the Authority.
6. Possible immunity of members against prosecution or any claim relating to the performance of their duties or discharge of their functions.
7. The appointment of necessary staff.

#### CHAPTER X. FUNCTIONS AND POWERS OF THE ADMINISTERING AUTHORITY

##### I. THE FUNCTIONS AND POWERS OF THE ADMINISTERING AUTHORITY COULD INCLUDE (ILLUSTRATIVE)

- (a) Making inquiries and investigations, including as a result of receipt of complaints;



- (b) Taking the necessary decisions, including the imposition of sanctions, or recommending same to a responsible minister;
- (c) Undertaking studies, publishing reports and providing information to the public;
- (d) Issuing forms and maintaining a register, or registers, for notifications;
- (e) Making and issuing regulations;
- (f) Assisting in the preparation, amending or review of legislation on restrictive business practices, or on related areas of regulation and competition policy;
- (g) Promoting exchange of information with other States.

## II. CONFIDENTIALITY

1. According information obtained from enterprises containing legitimate business secrets reasonable safeguards to protect its confidentiality.
2. Protecting the identity of persons who provide information to competition authorities and who need confidentiality to protect themselves against economic retaliation.
3. Protecting the deliberations of government in regard to current or still uncompleted matters.

## CHAPTER XI. SANCTIONS AND RELIEF

### I. THE IMPOSITION OF SANCTIONS, AS APPROPRIATE, FOR

- (i) Violations of the law;
- (ii) Failure to comply with decisions or orders of the Administering Authority, or of the appropriate judicial authority;
- (iii) Failure to supply information or documents required within the time limits specified;
- (iv) Furnishing any information, or making any statement, which the enterprise knows, or has any reason to believe, to be false or misleading in any material sense.

#### *Sanctions could include:*

- (i) Fines (in proportion to the secrecy, gravity and clear cut illegality of offences or in relation to the illicit gain achieved by the challenged activity);

- (ii) Imprisonment (in cases of major violations involving flagrant and intentional breach of the law, or of an enforcement decree, by a natural person);
- (iii) Interim orders or injunctions;
- (iv) Permanent or long term orders to cease and desist or to remedy a violation by positive conduct, public disclosure or apology, etc.;
- (vi) Divestiture (in regard to completed mergers or acquisitions), or rescission (in regard to certain mergers, acquisitions or restrictive contracts);
- (vii) Restitution to injured consumers;
- (viii) Treatment of the administrative or judicial finding or illegality as prima facie evidence of liability in all damage actions by injured persons.

## CHAPTER XII. APPEALS

1. Request for review by the Administering Authority of its decisions in the light of changed circumstances.
2. Affording the possibility for any enterprise or individual to appeal within ( ) days to the (appropriate judicial authority) against the whole or any part of the decision of the Administering Authority, (or) on any substantive point of law.

## CHAPTER XIII. ACTIONS FOR DAMAGES

To afford a person, or the State on behalf of the person who, or an enterprise which, suffers loss or damages by an act or omission of any enterprise or individual in contravention of the provisions of the law, to be entitled to recover the amount of the loss or damage (including costs and interest) by legal action before the appropriate judicial authorities.

## IL CONSUMATORE, OPERATORE E BENEFICIARIO DELLA POLITICA COMUNITARIA DI CONCORRENZA

Mario MONTI \*

Signor Ministro, Signor Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Signore e Signori,

E' per me un piacere trovarmi oggi qui con Voi. Sono grato all'*Onorevole Rocco Buttiglione*, Ministro per le Politiche Comunitarie, al *Professor Giuseppe Tesauero*, Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ed ai loro servizi, per il loro entusiasmo ed i loro sforzi nell'organizzazione di questa Giornata italiana della Concorrenza.

Vorrei anche ringraziare i membri del Parlamento Europeo che hanno sempre sostenuto l'iniziativa di organizzare le Giornate europee della Concorrenza, ed in particolare l'*Onorevole Christa Randzio-Plath*, Presidente della Commissione Affari Economici e Monetari e gli *Onorevoli Renato Brunetta, Benedetto Della Vedova e Jonathan Evans*, che sono oggi qui presenti.

Il programma di questa giornata, con la partecipazione di tanti illustri conoscitori ed attori della politica di concorrenza, certamente permetterà interessanti approfondimenti su questioni di grande rilevanza. Tuttavia vorrei ricordare il motivo che mi spinse, sin dall'inizio del mio mandato, ad organizzare queste Giornate, insieme allo Stato membro che detiene la Presidenza di turno dell'Unione Europea: la consapevolezza che la politica comunitaria della concorrenza è forse ben conosciuta da avvocati ed imprenditori, ma non lo è sufficientemente dai destinatari finali, e cioè dai cittadini consumatori. Mi è sembrato indispensabile innanzitutto migliorare l'informazione, anche con esempi concreti, sul ruolo della politica comunitaria della concorrenza nel difendere e migliorare il potere d'acquisto e la qualità della vita dei cittadini e, in secondo luogo, cercare di coinvolgerli più direttamente nel nostro sforzo di garanti della concorrenza. E' infatti la politica di concorrenza ad aver bisogno di un ruolo attivo, incitativo, da parte dei consumatori e dei loro rappresentanti.

---

\* Comisario europeo de la Competencia. Discurso pronunciado en la *Giornata della Concorrenza*, celebrada en Roma el 9 de diciembre de 2003 y organizada por la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

I consumatori, infatti, devono essere contemporaneamente *operatori e beneficiari* di un ambiente socio-economico più concorrenziale. *Operatori*, in quanto partecipano... — forse dovrei dire partecipiamo visto che siamo tutti consumatori — ad un processo economico in cui s'incontrano la domanda e l'offerta. Consumatori avvertiti e attenti rappresentano un fattore della libertà economica e una condizione per il buon funzionamento del mercato. *Beneficiari*, poiché l'obiettivo delle regole di concorrenza è di arrivare ad una maggiore scelta di prodotti e servizi, ad una maggiore e più rapida diffusione dell'innovazione, e ad una maggiore competizione in termini di prezzo e di qualità.

Quanto al primo aspetto — *i consumatori come operatori di concorrenza* — sono convinto che la loro azione di controllo sui comportamenti lesivi della concorrenza da parte di imprese possa essere altrettanto persuasiva, se non di più, rispetto, per esempio, all'imposizione di una multa.

Ribadisco con forza che è proprio in queste circostanze che i consumatori devono usare il potere che il mercato dà loro. I consumatori devono confrontare i prezzi. Certo si tratta di una disciplina che non è ancora diventata un'abitudine per tutti. Però, alla fine, saranno proprio le decisioni dei consumatori a esercitare la pressione necessaria a mantenere invariati i livelli di prezzo o a diminuirli. Le possibilità di scelta aumentano, l'Euro facilita il paragone tra i prezzi praticati nei vari Stati membri. Nuovi strumenti come Internet offrono possibilità di acquisto oltre i confini nazionali, qualora i prezzi vi fossero più interessanti. Tutto ciò renderà progressivamente più difficile, se non impossibile, il mantenimento di prezzi artificialmente alti.

Passando all'aspetto "*consumatori come beneficiari della concorrenza*", la vigilanza delle Autorità di concorrenza deve essere costante, rigorosa, inflessibile. E' quanto cerchiamo di fare. Ma non basta: occorre anche essere in grado di informare il consumatore che deve essere costantemente tenuto al corrente delle nostre azioni e dell'impatto positivo sulla sua vita quotidiana. Solo così si metterà in opera quel processo di apprendimento che condurrà il cittadino a svolgere un ruolo attivo anche presentando denunce quando ritiene di subire un abuso.

A tal fine, sono lieto di annunciare che a partire dal gennaio prossimo è stata istituita la posizione di un *funzionario di collegamento con i consumatori* per quanto riguarda la politica di concorrenza, il cui compito è appunto di intrattenere un dialogo permanente con le organizzazioni dei consumatori europei e assicurare che il loro interesse sia pienamente tenuto in conto in sede di trattazione dei singoli dossier o di discussione degli aspetti della politica comunitaria. Ecco un altro passo concreto che dimostra come l'interesse dei consumatori sia la missione principale della politica comunitaria della concorrenza.

Adesso vorrei passare in rassegna alcuni risultati che abbiamo conseguito recentemente nell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza, per poterne evidenziare gli aspetti rilevanti per il cittadino-con-

sumatore. Cercherò in particolare di soffermarmi su quelle azioni che a prima vista sembrano non avere un impatto particolarmente favorevole per i consumatori, come quelle in materia di cartelli, sport, libere professioni e trasporto aereo.

## LOTTA CONTRO I CARTELLI

Non sorprenderò nessuno cominciando con il citare *la lotta contro i cartelli*, che rimane una delle massime priorità del mio mandato. In questo campo, le decisioni adottate dalla Commissione hanno *sempre* un impatto — *diretto o indiretto* — sui consumatori, anche quando questi ultimi non hanno mai sentito nominare il prodotto oggetto del cartello. Mi rendo conto che nessuno riesce ad entusiasarsi se imponiamo pesanti ammende per il cartello costituito dalle industrie degli “elettrodi di grafite” o delle “grafite speciali”. L’impatto sui prezzi finali è invece più direttamente percepibile, ad esempio, quando si tratta di additivi degli alimenti, per esempio l’acido citrico, le vitamine, oppure i sorbati, oggetto di una recente decisione.

I *sorbati* sono tra i conservanti chimici più utilizzati in Europa per impedire lo sviluppo di muffe, batteri e altri microrganismi in vari alimenti, ad esempio nella maionese e nelle salsicce, nonché nelle bevande. Sono utilizzati anche per rivestire la carta che avvolge i formaggi particolarmente in Francia ed in Italia — oppure nei cosmetici. A causa di questa violazione delle regole di concorrenza, i consumatori europei hanno dovuto pagare per molti prodotti di uso quotidiano un prezzo significativamente superiore a quello che avrebbero pagato se le imprese fossero state tra loro in concorrenza.

L’indagine ha permesso di stabilire con certezza l’esistenza di un cartello. I partecipanti al cartello s’incontravano abitualmente due volte all’anno per discutere i prezzi per ciascun paese e le ripartizioni dei volumi.

Il 1 ottobre scorso, la Commissione ha inflitto ai partecipanti a questo cartello un’ammenda complessiva pari a 138,4 milioni di euro.

Un altro esempio di prodotto di largo consumo è *la carne bovina*. Il 2 aprile 2003, la Commissione ha inflitto ammende per un importo totale di 16,7 milioni di euro a sei federazioni francesi del settore della carne bovina, sanzionate per aver partecipato ad un’intesa volta alla fissazione di un prezzo minimo per talune categorie di carne bovina e alla sospensione o, almeno, alla limitazione delle importazioni di qualsiasi tipo di carne bovina in Francia.

Questa decisione è servita anche a ricordare a tutti che il settore agricolo è tenuto a rispettare le regole della concorrenza. La normativa europea in questo settore prevede infatti un certo numero di eccezioni a tali regole, ma l’accordo in questione non rientrava in nessuna di esse.

## LA LIBERALIZZAZIONE DELLE “LIBERE” PROFESSIONI

I consumatori possono ottenere notevoli vantaggi dalla liberalizzazione dei settori molto regolamentati. Penso in particolare modo alle libere professioni che, paradossalmente, non sono poi tanto libere. Sono anzi uno dei settori più regolamentati dell'economia. Le libere professioni sono, infatti, sottoposte a vincoli relativamente alle possibili forme associative e non possono reclamizzare i loro servizi. Sono perfino sottoposte a prezzi fissi.

E' giunto il momento di chiedersi se i consumatori di paesi come l'Italia non trarrebbero grandi vantaggi da regole meno numerose e meno stringenti, come sarebbe il caso se i professionisti potessero farsi concorrenza sul prezzo, fossero liberi di reclamizzare i propri servizi, e fossero autorizzate forme diverse di associazione di professionisti appartenenti alle stesse o ad altre professioni. Questo già accade in altri Stati membri e non vi è, certamente, alcun segnale di un crollo nella fiducia dei consumatori verso avvocati o architetti!

Noi, autorità di concorrenza, ci siamo chiesti cosa potesse essere fatto per ammodernare le regole tradizionali là dove fosse possibile farlo a favore dei consumatori. La Commissione ha esaminato dettagliatamente ogni aspetto della questione — con particolare riferimento alle professioni di avvocato, notaio, commercialista, ingegnere, architetto e farmacista— in uno studio comparato sulle professioni regolamentate nella UE, una consultazione delle parti interessate e una conferenza alla fine del mese di ottobre. Nei primi mesi dell'anno prossimo la Commissione presenterà il suo rapporto sullo stato della concorrenza nel settore delle professioni liberali. E' nelle mie intenzioni presentare un rapporto che spieghi la razionalità economica di un cambiamento delle regole e delle regolamentazioni che hanno un impatto sulle professioni liberali. E' possibile che il rapporto si spinga fino a suggerire azioni da intraprendere a livello degli Stati membri o delle stesse professioni in merito a regole o a regolamentazioni specifiche. Questo rapporto sulla concorrenza nelle professioni sarà uno strumento a disposizione degli Stati membri e delle professioni per facilitare la loro valutazione alla luce di criteri comuni.

La Commissione riconosce certamente che le libere professioni forniscono un bene pubblico e, pertanto, una certa regolamentazione è necessaria. Non si tratta neanche di arrivare ad un'armonizzazione delle regole. Tuttavia, vorrei indicare che la protezione dei consumatori e la massimizzazione del benessere degli utenti e della società non sono necessariamente garantiti dalle attuali regole. Bisogna tenere a mente che le libere professioni costituiscono un importante *input* per l'economia e che incrementi della loro efficienza e riduzione dei prezzi andrebbero a vantaggio sia dei consumatori, sia delle imprese, con benefici di competitività per l'intera economia.

Siano dunque benvenuti rigorosi criteri di ammissione, la formazione professionale continua, i codici deontologici destinati a mantenere standard etici. Non si giustificano, invece, i prezzi prestabiliti (o fissi) o l'impossibilità per il consumatore di accedere all'informazione. I consumatori sono in grado di decidere per se stessi purché abbiano sufficienti informazioni per farlo. Occorre quindi una maggiore trasparenza!

Ritengo che, in un quadro che permetta il mantenimento di elevati standard d'integrità, i liberi professionisti dovrebbero competere liberamente sul mercato come in qualsiasi altro settore tanto in termini di qualità che di prezzo. E come in qualsiasi altro settore, i consumatori beneficerebbero di una maggiore concorrenza in termini di migliori servizi e di una scelta più grande.

## GLI ASPETTI ECONOMICI DEL CALCIO

Già da alcuni anni, la politica comunitaria della concorrenza ha dovuto occuparsi di sport e di calcio professionistico in particolare. A questo riguardo, siamo dovuti intervenire sotto diversi profili: in materia di *regole sui trasferimenti* di giocatori, di diritti di trasmissione delle partite e, ultimamente, riguardo al cosiddetto "*decreto salvacalcio*".

Questi interventi sono motivati dal fatto che le regole comunitarie si applicano anche agli aspetti economici dello sport, e solo a quelli (e non anche alle regolamentazioni sportive necessarie a organizzare le competizioni). C'è chi si chiede, però, se il rispetto delle regole di concorrenza in questo campo non finisca col ledere gli interessi dei consumatori, o, per meglio dire dei tifosi e degli appassionati del calcio, argomentando che la valenza sociale e culturale dello sport giustificerebbe un approccio più flessibile e tollerante rispetto a quanto praticato in altri settori.

E' una domanda legittima, alla quale bisogna rispondere in modo esauriente e convincente.

Innanzitutto tengo a precisare che le regole in materia di concorrenza trovano applicazione solo quando l'aspetto economico della pratica sportiva assume grande rilevanza e prevale sulle componenti ricreativa e amatoriale. Ebbene, mi pare indubbio che il calcio professionistico abbia oggi assunto una dimensione economica che sarebbe grave sottovalutare. Si tratta di un settore che impiega migliaia di addetti, che intrattiene stretti legami con altre attività economiche si pensi solo al settore radiotelevisivo e che si rivolge in maniera crescente alla borsa e ai piccoli risparmiatori per il proprio finanziamento.

D'altra parte sono proprio le logiche economiche che hanno profondamente modificato l'organizzazione del calcio professionistico e le autorità sportive sono state le prime a doverne tenere conto. Il rispetto di sani principi contabili e della concorrenza non è solo doveroso per la protezione delle controparti e degli investitori, ma diventa anche que-

stione di equità sportiva, giacché successo economico e risultati sportivi vanno spesso di pari passo. Non è un caso che all'aumentare degli interessi economici in gioco, aumenti anche la conflittualità tra i diversi protagonisti del calcio i calciatori, le squadre, le istituzioni sportive e con essa il rischio d'interruzione delle competizioni. Per questo motivo ritengo che un approccio rigoroso sugli aspetti economici vada, in definitiva, a tutto beneficio della pratica sportiva e dei "consumatori" del calcio.

Fu proprio la Corte di giustizia europea, con la famosa sentenza *Bosman sulle regole di trasferimento dei giocatori*, a dare il via allo sviluppo di una politica comunitaria di concorrenza nel settore dello sport. Questa sentenza ha confermato che lo sport fa parte del campo di applicazione del Trattato CE per quanto riguarda i suoi aspetti economici, pur prendendone in considerazione alcune specificità.

Dopo lunghe e a volte appassionate discussioni, che hanno coinvolto vari Commissari europei competenti per i diversi risvolti della questione, la FIFA e l'UEFA accettarono di adottare nuove principi conformi sia alla sentenza Bosman che alle regole di concorrenza. Tutti ricordiamo gli allarmati appelli in favore del calcio che si dipingeva messo a rischio dalle regole comunitarie, i fiumi d'inchiostro a difesa di pratiche definite indispensabili alla salvaguardia del gioco. Ebbene, con il senno di poi, possiamo dire invece che le nuove regole per un sistema più equilibrato e trasparente in materia di trasferimento dei giocatori funziona piuttosto bene, e ha portato vantaggi al sistema calcistico. Le nuove regole della FIFA sono entrate in vigore nel settembre 2001 ed hanno avuto globalmente effetti positivi. In breve, si tratta del sistema di compensazioni da pagare al club formatore quando un giovane calciatore viene trasferito e di contributi di solidarietà quando un calciatore viene trasferito mentre il suo contratto è ancora in corso. Sono stati inoltre fissati un periodo di trasferimento per stagione e adottate misure per assicurare una maggiore stabilità dei contratti.

Mentre non sembra che il numero globale di calciatori trasferiti sia diminuito, lo sono invece le somme finanziarie pagate, anche se altri fattori come la situazione economica generale possono aver contribuito a tale risultato. Il nuovo sistema rafforza l'elemento solidaristico, promuove la formazione dei giovani calciatori e, infine, contribuisce alla stabilità delle squadre di calcio ed al regolare svolgimento delle competizioni sportive, nell'interesse dei tifosi e degli spettatori.

La Commissione si è anche interessata ai *diritti relativi alla trasmissione televisiva delle partite di calcio* a causa dell'importanza che essi rivestono nello sviluppo dei mercati televisivi.

In maniera generale, tali diritti vengono ceduti in blocco attraverso una *vendita congiunta ed in esclusiva* dalle associazioni calcistiche agli operatori televisivi. Queste formule di vendita devono essere valutate attentamente poiché comportano anche aspetti negativi. Infatti la vendita congiunta, coprendo un intero pacchetto di eventi, riduce drasticamente



la concorrenza. Da una lato, i singoli club non possono vendere i diritti relativi alle proprie partite e, dall'altro, solo grandi operatori televisivi sono in grado di presentare delle offerte per un intero pacchetto/campionato. I consumatori —cioè i tifosi— hanno per questo meno possibilità di scelta tra operatori televisivi e si riduce l'innovazione nei mercati dei media.

La vendita congiunta di pacchetti comporta però anche dei vantaggi. Essa riduce i costi di transazione per gli operatori televisivi e per i club di calcio. Vista l'incertezza dei risultati sportivi, permette agli operatori di offrire un prodotto attraente per tutta una stagione. Infine, consente un prodotto uniforme e di quindi di qualità superiore in grado di essere apprezzato dal consumatore.

*L'esclusività* dei contratti non costituisce necessariamente una restrizione di concorrenza. La durata e la portata dei contratti possono invece creare problemi più gravi e portare ad una preclusione (foreclosure) del mercato.

Per quanto riguarda *la durata*, la Commissione ritiene che contratti di una stagione siano generalmente accettabili. In funzione di fattori particolari quali la quota di mercato dell'acquirente e gli investimenti necessari, si può arrivare fino ad un periodo di tre anni. In altri casi invece, una durata più breve è giustificata. Nella concentrazione *Stream/Telepiù*, per esempio, una durata massima di due anni per i futuri accordi è stata ritenuta necessaria a causa della situazione di quasi monopolio nel mercato italiano della pay-tv.

Per quanto riguarda la portata dei contratti, come ho già accennato, tanto più grande è la dimensione dei pacchetti, meno numerosi sono gli operatori televisivi in grado di presentare un'offerta. Il 24 luglio 2003, la Commissione europea ha adottato una decisione definitiva di esenzione riguardo al nuovo sistema UEFA di vendita congiunta dei diritti mediatici relativi alla Champions League. Questa decisione è stata presa dopo che l'UEFA ha accettato di modificare in modo sostanziale il proprio sistema di vendita congiunta. In precedenza, tutti i diritti venivano raggruppati e venduti in un solo pacchetto per paese e spesso per periodi superiori a tre anni.

In futuro, invece, la vendita congiunta e quella individuale potranno coesistere: i club potranno vendere alcuni diritti individualmente. Ci saranno inoltre procedure di appalto ogni tre anni per le vendite congiunte di diritti, pacchetti di dimensioni minori e separazione tra *media* tradizionali e nuovi (Internet e UMTS).

Analogamente, anche nell'esame della concentrazione *Stream/Telepiù* fu ritenuto di dover ridurre la portata dell'esclusività, che è stata accettata per il satellite, ma non per le altre piattaforme. Questo caso fu particolarmente interessante perchè non era solo in questione l'accesso al contenuto, ma anche l'infrastruttura di distribuzione. Sky Italia ha l'obbligo di dare accesso alla propria piattaforma satellitare ad altri operatori che

desiderano offrire altri prodotti pay-TV. Attualmente stiamo esaminando gli accordi di vendita dei diritti televisivi della Premier League e della Bundesliga. Il nostro obiettivo è di assicurare che anche i consumatori traggano un vantaggio, in termini di prezzi e di offerta televisiva, e non solo le società sportive.

La Commissione è recentemente intervenuta anche in relazione al cosiddetto "*decreto salvacalcio*". Immagino che a nessuno venga in mente di imputare i gravi problemi di finanziari nei quali versa il calcio italiano al recente intervento della Commissione europea. Soluzioni possono e devono essere trovate nel rispetto delle regole contabili e senza ricorrere ad aiuti di stato incompatibili. D'altra parte già il 10 febbraio scorso, quando ancora vi era tempo per modificare il decreto che non era ancora stato convertito in legge, ero intervenuto circa i dubbi che la misura mi sembrava sollevare riguardo alla compatibilità con le regole comunitarie in materia di contabilità e di aiuti di stato. Poichè da parte italiana non si è intervenuti in tempo utile, la Commissione ha dovuto aprire due procedure di esame formale l'11 novembre scorso riguardanti rispettivamente questi due aspetti. Non sembra giustificato favorire le società sportive con problemi di bilancio, rispetto ad altre, italiane o di altri paesi, che riescono a gestirsi correttamente. E non credo che i tifosi italiani sarebbero così orgogliosi di veder attribuire i buoni risultati delle loro squadre nelle competizioni internazionali non ai meriti sportivi, ma ad interventi statali. Sono convinto che la regolarità della gestione finanziaria delle squadre sia anche un elemento di equità sportiva.

Questa sembra essere anche l'opinione dell'UEFA che vuole rendere più rigorosa la gestione finanziaria delle società calcistiche, anche per evitare distorsioni che rischierebbero di rendere i campionati europei "unfair competitions". Ci sono forme diverse di interventi pubblici, come determinati finanziamenti di infrastrutture sportive, che non comporterebbero effetti distorsivi. Se poi si ritiene di avvalersi, nel caso di società di calcio, di piani di salvataggio e ristrutturazione, questo non è escluso a priori, ma dovrebbe naturalmente avvenire nel quadro della disciplina comunitaria prevista a tale scopo. Questa, naturalmente, comporta una serie di precise condizioni.

## LE ALLEANZE TRA COMPAGNIE AEREE

Infine, in questo periodo di fine d'anno in cui molti consumatori prenderanno l'aereo per trascorrere le feste in luoghi di vacanza, vorrei chiudere con alcune osservazioni sulle alleanze tra compagnie aeree. La Commissione è generalmente favorevole alle alleanze in questo settore nella misura in cui ne beneficiano i consumatori e l'economia, sia attraverso la riduzione dei costi che il miglioramento dei servizi. Una maggiore efficienza rafforza la posizione concorrenziale delle compagnie sulla scena mondiale e consente l'ampliamento dell'offerta a favore dei consumatori.

Tuttavia questo non puo' andare a scapito della concorrenza su quelle tratte nelle quali le compagnie si troverebbero nella condizione di poter aumentare in seguito i prezzi ai consumatori. In questo caso una soluzione risiede nell'imposizione di rimedi (*remedies*) che, rimuovendo le barriere all'entrata di nuovi operatori, garantiscano il mantenimento di un ambiente concorrenziale. Sono lieto di annunciare oggi che, dopo due anni di intense discussioni con Air France e Alitalia, pensiamo di aver ottenuto rimedi che permettano l'entrata di nuovi operatori su alcune delle tratte interessate dall'alleanza. Oggi sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea la Commissione pubblica la proposta delle compagnie, al fine di ricevere commenti da tutti gli interessati (clienti, consumatori, competitori...) per essere in grado di valutare pienamente l'efficacia dei rimedi proposti da Air France e Alitalia.

## CONCLUSIONE

Signore e Signori, come ho detto nella mia introduzione, i consumatori sono contemporaneamente operatori e beneficiari della concorrenza. Per svolgere il primo di questi ruoli, essi hanno bisogno d'informazione e di trasparenza. Da parte nostra siamo pronti a rafforzare il nostro impegno a rendere l'applicazione della politica comunitaria della concorrenza più comprensibile e vicina ai consumatori.

Vi ringrazio per la vostra cortese attenzione.



## LA POLITIQUE DE LA COMMISSION EN MATIERE D'AMENDES ANTITRUST: RECENTS DEVELOPPEMENTS, PERSPECTIVES D'AVENIR

Gianfranco ROCCA \*

Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi d'abord de vous remercier de m'avoir invité à vous parler ce soir de la politique d'amendes de la Commission en matière antitrust. J'apprécie à leur juste valeur les «Mardis de la Concurrence», ce lieu d'échange informel entre universitaires et praticiens, qui permet d'aller «au fond des choses». Des représentants de la DG COMP y participent fréquemment, avec un intérêt constant.

Je rappellerai d'abord, à titre liminaire, que la politique d'amendes de la Commission trouve son fondement juridique dans l'article 15(2) du règlement 17 (bientôt article 23(2) du règlement 1/2003). Cet article lui permet, par voie de décision, d'infliger aux entreprises et associations d'entreprises coupables d'infraction au droit communautaire une amende pouvant s'élever jusqu'à un maximum de 10% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédant la date d'adoption de la décision.

Ce pouvoir de la Commission d'imposer des sanctions pécuniaires élevées est une question délicate, car ses conséquences sont *spectaculaires*. La politique suivie en la matière suscite donc un intérêt médiatique fort, notamment depuis la forte augmentation du niveau des sanctions et de la montée en puissance de la lutte contre les cartels.

Parler de la politique d'amendes revient à parler de la pratique définie dans les lignes directrices sur les amendes <sup>1</sup>, publiées par la Commission en janvier 1998. Pour intervenir sur ce thème, la date d'aujourd'hui est particulièrement pertinente: Nous venons de clôturer une deuxième année d'activité sans précédents en matière d'amendes, notamment dans le domaine des cartels. En outre, lignes directrices ont été adoptées et

---

\* Director General Adjunto, Dirección General de la Competencia. Conferencia pronunciada en la Universidad Libre de Bruxelles, Institut d'Études Européennes, el 4 de febrero de 2003.

<sup>1</sup> Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement núm. 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA, JO de l'Union Européenne núm. C9/3 du 14 janvier 1998.

appliquées pour la première fois en janvier 1998 (*Extra d'alliage*). On dispose donc aujourd'hui d'une expérience qui s'étend sur 5 ans, avec une application dans 42 décisions.

La politique d'amendes représente un enjeu considérable, tant pour les entreprises et leurs conseils juridiques que pour la Commission. *Du point de vue des entreprises*, les chiffres parlent d'eux mêmes: En 5 ans, la Commission a imposé quasiment 4 milliards d'euros d'amendes, dont plus de 3 milliards uniquement sur ces deux dernières années. Cela démontre non seulement l'importance critique du respect du droit de la concurrence par les entreprises mais aussi la nécessité d'une maîtrise, par ces dernières et leurs conseils, des mécanismes de calcul du montant des sanctions. *Du point de vue de la Commission*, l'enjeu est de garantir une *dissuasion effective*. Son objectif essentiel est d'*appliquer les lignes directrices d'une manière équilibrée et cohérente*, compte tenu des enjeux directs pour les entreprises.

Après un rappel des *principes de base* qui guident notre politique, je dresserai un *rapide bilan de notre pratique sur ces 5 dernières années*, avant d'en tirer quelques *enseignements* et d'esquisser les *pistes* qui doivent guider la poursuite de notre réflexion en la matière.

## 1. FONDEMENTS THEORIQUES DE LA POLITIQUE D'AMENDES DE LA COMMISSION

L'imposition d'une amende répond à un *double objectif*. Le premier est de *restaurer des conditions de concurrence normales sur le marché*. L'amende est un signal que l'infraction doit cesser immédiatement et représente une confiscation des profits illicites. Le deuxième objectif est de d'avoir *un effet de dissuasion*. L'amende doit démontrer qu'un comportement illégal est dénué de toute rationalité car il aboutit à une sanction plus lourde que les profits illicites réalisés. Cette dissuasion doit jouer à la fois *vis-à-vis de l'entreprise concernée* pour décourager toute récidive, mais aussi *vis-à-vis de l'ensemble des acteurs de l'économie*.

La Commission doit non seulement s'assurer que l'amende est *effectivement dissuasive*, mais aussi qu'elle n'est *pas inutilement élevée*: c'est un niveau *optimal* de dissuasion qui doit être recherché. En effet, la mission première de la Commission est de garantir une *concurrence effective* sur les marchés: *pas d'accabler les entreprises*, mais de les *convaincre rationnellement de renoncer à enfreindre la loi*. Notre politique d'amende se doit de n'être pas seulement *efficace*, mais aussi *efficiente*: la sanction ne doit donc pas excéder ce qui est nécessaire à la discipline du marché.

Les économistes considèrent en général qu'une amende antitrust devrait s'établir au niveau des dommages causés au marché (ou les profits illicites) plus une marge qui garantisse que *l'infraction à la loi ne pourra pas être un calcul rationnel*. Mais cela ne suffit pas: il faut aussi prendre en compte *la probabilité de se faire «attraper»*: si vous encourez une amende

de 10 millions d'euros mais que vous avez une chance sur 10 de vous faire prendre, l'effet dissuasif se monte seulement à un million d'euros. *Le niveau théorique optimal d'une amende est donc le montant des profits illicitement réalisés plus une marge, multiplié par la probabilité que l'infraction soit découverte.*

En matière d'antitrust, la probabilité de détection varie fortement en fonction des infractions commises. Les abus de position dominante ou les restrictions au commerce parallèle s'appuient en général sur des pratiques qui ne sont pas purement clandestines. En ce qui concerne en revanche les cartels, ces accords sont totalement secrets et la probabilité de détection est plus faible. *Il est donc normal que les amendes imposées aux cartels soient plus élevées.* Mais dans tous les cas, il est clair que la probabilité de détection d'une infraction en Europe demeure limitée, bien que nous nous employions sans relâche à améliorer cette situation.

Puisque la probabilité de détection est limitée, il est normal, notamment en ce qui concerne les cartels, que les amendes aient augmenté à partir du moment où la Commission s'est volontairement engagée dans la voie d'une meilleure dissuasion, car les amendes imposées jusqu'alors étaient faibles. C'est ce qui s'est passé avec la publication des lignes directrices de 1998. Il faut signaler à cet égard que du fait de la probabilité limitée de détection inhérente aux infractions les plus graves, on considère généralement que les amendes ne deviendraient réellement dissuasives qu'à des niveaux encore plus élevés que ceux qu'on atteint les amendes en 2001 et 2002.

Mais la Commission se heurte alors à un autre problème. Tout en menant à bien sa mission de dissuasion, elle doit *aussi s'abstenir de créer par son action des conditions de concurrence encore plus difficiles.* Or la disparition d'un acteur du marché, par exemple s'il faisait faillite à la suite d'une amende trop lourde, pourrait aboutir à un affaiblissement de la concurrence sur ce marché. On se trouve donc confronté à deux problèmes simultanés: *Premièrement, comment traiter la question de la «capacité contributive» («ability to pay») si on accepte qu'une amende ne doive pas signer l'arrêt de mort d'une entreprise et deuxièmement: Comment s'assurer que les amendes, (même s'il y a capacité à payer) ne soient pas excessivement hautes, et donc économiquement inefficentes?*

Pour comprendre certains aspects de notre politique, il faut à cet égard rappeler qu'à l'heure actuelle, *la Commission ne dispose, pour faire respecter le droit de la concurrence, que des sanctions pécuniaires sur les entreprises.* Aucune poursuite individuelle n'est possible (qu'il s'agisse d'amendes ou de peines d'emprisonnement). Cette situation rend la tâche de la Commission difficile, car dans ce contexte même des amendes «intolérablement élevées» pourraient ne pas être totalement dissuasives. Dans la situation actuelle, ceux qui commettent directement les infractions ne sont pas toujours les payeurs. Ces derniers (les actionnaires) peuvent donc avoir des difficultés à contrôler le management. L'existence de poursuites personnelles pourrait justifier que les amendes infligées aux entreprises

soient moins élevées; mais en l'absence de tels pouvoirs, la Commission doit nécessairement imposer des amendes importantes, afin qu'un effort de discipline soit déployé au sein des entreprises.

## 2. LA PRATIQUE DEVELOPPEE SUR LA BASE DES LIGNES DIRECTRICES DE 1998

En 1998, la publication des lignes directrices a résulté d'une volonté d'introduire *d'avantage de transparence* dans le calcul des amendes par la Commission. Les lignes directrices ont aussi marqué *une inflexion très nette de l'approche*. Jusqu'à cette date, les amendes étaient pour l'essentiel calculées en (faible) proportion du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent concerné. Cela aboutissait à des amendes excessivement basses, eu égard notamment à la probabilité limitée de détection dont j'ai déjà parlé. Il pouvait dès lors demeurer rationnel, pour une entreprise, de prendre part à un cartel, malgré certains avertissements spectaculaires, comme les décisions *Carton* et *Ciment* en 1994.

Avec les lignes directrices, on s'inscrit désormais dans une *logique de forfait*, le montant de départ de l'amende étant fonction de la gravité intrinsèque de l'infraction et de son impact, notamment géographique. On a ainsi prévu trois catégories d'infraction: peu grave (montant de départ de 1000 à 1 million d'euros), grave (de 1 à 20 millions) et très grave (au-delà de 20 millions). Cette logique de forfait poursuit un objectif de dissuasion accrue, grâce à la déconnexion du montant de l'amende vis-à-vis de la valeur du marché concerné. L'approche forfaitaire a *un effet psychologique fort*, mais elle crée des *difficultés*, notamment pour le traitement des infractions collectives que sont les cartels.

Les lignes directrices ont toutefois prévu des mécanismes permettant, tout en respectant le principe d'égalité de traitement, un traitement différencié des entreprises en fonction de certains critères objectifs. Sur la base de ces mécanismes, *la Commission a progressivement développé et raffiné sa pratique décisionnelle*, afin de prendre en compte la situation spécifique de chaque entreprise. Le développement de cette «jurisprudence» sophistiquée —car chaque affaire est un cas particulier— a pu être confronté à des accusations *complexité, voire d'opacité et d'excessive imprévisibilité de notre politique*. Mais je veux insister sur les efforts que nous déployons, malgré tout, pour garantir *transparence* et *cohérence* dans notre approche. Le raisonnement détaillé, reprenant chaque étape des lignes directrices, qui vient à l'appui de nos décisions, contribue à cette transparence.

Avant de détailler notre pratique, je voudrais faire un premier constat: quoique les lignes directrices aient été appliquées à *l'ensemble* des décisions avec amendes, *les sanctions sont restées assez nettement différenciées selon le type d'infraction visé*. Les abus de position dominante et les restrictions au commerce parallèle ont donné lieu à des amendes tendan-



ciellement moins élevées, ce qui après analyse, se justifie par les caractéristiques propres à chaque type d'infraction. Cette différenciation témoigne à mon sens de la cohérence et de la souplesse de notre méthodologie.

En ce qui concerne plus particulièrement les infractions collectives, (qui ont représenté exactement les 2/3 de nos décisions sous les lignes directrices), j'ai signalé qu'une véritable jurisprudence s'est peu à peu développée, du fait de la nécessité, par delà l'approche forfaitaire, d'adapter le montant de l'amende à la situation propre de chaque entreprise. Cette approche a été avalisée par le TPI dans les affaires *Conduites pré-calorifugées* et *British Sugar*. Voyons maintenant quelles sont les principales étapes de notre pratique.

Le calcul du **montant de départ** est le cœur de notre politique d'amendes. Il détermine pour une large part le montant final et porte une appréciation sur la gravité d'ensemble de l'infraction. C'est notamment vis-à-vis de ce calcul que notre politique s'est affinée.

Pour chaque infraction, un *montant de départ de référence* est fixé. Ce montant est défini *par rapport à l'infraction elle-même*, et non par rapport à chaque entreprise dans le cas d'infractions collectives. Ce montant est défini par référence *aux trois catégories de gravité* définies dans les lignes directrices. De facto, la catégorie des infractions «peu graves» n'a été utilisée qu'une fois, dans l'affaire *Nathan-Bricolux*, concernant des restrictions verticales sur un territoire très limité. Cette «sous-utilisation»

N'est pas surprenante, car la plupart des infractions concernées n'ont pas vocation à être traitées au niveau communautaire. D'ailleurs, un fois le nouveau règlement 1/2003 entré en vigueur, la Commission n'aura normalement plus à traiter des infractions concernant uniquement un, deux voire trois États membres. Cette catégorie est donc vouée à «disparaître».

En revanche, le choix de la classification en «grave» ou «très grave» revêt une importance «critique» puisque la fourchette indicative va de 1 à 20 millions d'euros pour une infraction «grave», alors que le montant de départ indicatif pour les infractions «très graves» s'établit à un minimum de 20 millions. A cet égard, trois critères sont applicables, qui sont cités dans les lignes directrices: i) *gravité par nature*, ii) *impact concret lorsqu'il peut être mesuré*, et iii) *taille du marché géographique concerné*. L'analyse *cumulative* de ces trois critères permet de conclure.

En ce qui concerne le poids relatif de ces trois critères et la pratique de la Commission, on peut souligner les points suivants: *la nature intrinsèque de l'infraction joue un rôle assez décisif dans la classification finale*. Une infraction très grave par nature, telle que le «price fixing» pourra déboucher sur une classification en infraction très grave même si l'impact concret a été faible voire nul, et même si la taille du marché géographique est limitée à un État membre (*ex: Bières belges, Banques autrichiennes, Ronds à béton*).

En ce qui concerne le critère de *l'impact concret sur le marché*, la Commission a volontairement adopté une approche extrêmement pru-

dente, consistant à ne jamais faire de l'allégation d'absence d'impact une sorte de «circonstance atténuante». La première raison est que dans le cas des restrictions «hard core», nous estimons que même une absence d'impact ne serait pas de nature à atténuer la gravité de l'infraction commise. La deuxième raison est que l'impact spécifique d'une infraction est quasi-impossible à établir. Il est en effet *impossible d'isoler de manière certaine les effets produits par un cartel d'autres phénomènes économiques simultanés*. S'il est souvent impossible pour la Commission de prouver qu'il y a eu un impact, il l'est tout autant pour les entreprises de prouver qu'il n'y a pas eu d'impact. Notre pratique a donc largement consisté à dire *qu'à partir du moment où un accord est effectivement mis en oeuvre (réunions, échanges de données, annonces de hausses de prix etc.), il y a nécessairement eu un impact concret*. D'ailleurs il faut rappeler que les lignes directrices parlent d'impact concret *«lorsqu'il est mesurable»*. Notre interprétation est donc que l'impact ne rentre en ligne de compte dans les conclusions sur la gravité que dans les cas très exceptionnels où il serait possible de quantifier précisément un impact ou au contraire une absence totale d'impact.

En ce qui concerne *la taille du marché géographique* (je l'ai déjà mentionné), notre analyse a toujours été qu'un marché géographique limité n'entraîne pas nécessairement une classification en infraction «grave» au lieu de «très grave». Ainsi en 2001 et 2002, des infractions ne concernant qu'un seul État membre ont été finalement considérées comme très graves (*Bières Belges, Banques Autrichiennes, Ronds à béton*). Mais cette pratique n'est pas systématique et des infractions «hard-core» ont pu être considérées comme «graves» en fonction de circonstances spécifiques (*Banques allemandes; Gaz industriels*). Il existe en effet une marge légitime de discrétion pour la Commission, associée à d'autres critères, tels que *la part de la production européenne totale, voire la part de la population européenne totale* couverte par l'infraction. Ces critères pourront donc éventuellement rentrer en compte. Par ailleurs, *la taille du marché en valeur* est inévitablement prise en compte. Il faut donc relativiser les accusations selon lesquels notre politique ne prend pas en compte la situation spécifique de chaque affaire.

De fait, malgré notre approche «forfaitaire», la valeur du marché concerné a *de facto* été prise en compte dans la fixation des montants de départ. Cela nous a même parfois conduits à *sortir à la baisse des fourchettes indicatives des lignes directrices*: Certaines infractions ont été considérées comme «très graves» mais le montant de départ choisi a été largement inférieur à 20 millions d'euros du fait des caractéristiques propres de l'affaire (*Phosphate de Zinc, Ronds à béton*). Si les lignes directrices ont donc abouti à une déconnexion du montant des amendes vis-à-vis du chiffre d'affaires réalisé sur le marché, cet aspect continue à être pris en compte.

Afin de permettre un traitement différencié des entreprises malgré la fixation d'un seul montant de départ par infraction, la pratique dite

des «groupings» s'est généralisée. Elle permet d'ajuster le montant de départ au *degré de responsabilité propre de chaque entreprise dans la commission de l'infraction*. Nous considérons que ce degré de responsabilité propre est fidèlement reflété par *la part de marché de l'entreprise sur le marché en cause*. Cette technique consiste donc à regrouper les entreprises ayant des parts de marché assez proches dans un nombre limité de groupes. Le groupe des entreprises ayant les plus grandes parts de marché se verra attribuer le montant de départ déterminé pour l'infraction. Le montant attribué aux autres groupes reflètera en général le rapport de proportion existant entre la part de marché moyenne des entreprises du groupe concerné par rapport à celle du premier groupe.

Il est intéressant de préciser qu'en ce qui concerne les cartels mondiaux, notre pratique consiste à prendre en compte, pour le calcul des «groupings», les parts de marché des entreprises au niveau mondial, et pas seulement au niveau européen. En effet, puisque l'objectif des «groupings» est d'évaluer la responsabilité de chaque entreprise dans le cartel, c'est la part de marché mondial qui est représentative dans le cadre d'un cartel mondial.

Puisque les «groupings» reflètent la responsabilité de l'entreprise dans le cartel à travers sa part de marché, ils ne tiennent pas compte de la taille globale de l'entreprise. Dès lors des entreprises de très grande taille placées dans le second ou troisième groupe peuvent se voir attribuer des montants de départ faibles pour des infractions «très graves». Il existe donc un risque que l'effet dissuasif soit trop faible.

Nous avons donc rapidement été jugé nécessaire d'appliquer au montant de départ de certaines entreprises un **facteur multiplicateur** reflétant *le besoin d'augmenter l'amende afin de garantir son effet suffisamment dissuasif*. Cette pratique a été amorcée avec la décision *Conduites pré-calorifugées* de 1998, où ABB s'est vu appliquer un facteur multiplicateur de 2,5. Jusqu'à présent les facteurs multiplicateurs les plus courants sont de 2 ou 2,5. Le facteur le plus grand a été appliqué à Interbrew dans l'affaire de la *Bière luxembourgeoise*, mais le montant initial était très faible vu la taille du marché.

Avec l'introduction des facteurs multiplicateurs, on notera que *l'amende est devenue pour une part fondée sur la taille globale de l'entreprise, et non plus en référence à la taille du marché concerné*. Cette approche est parfois critiquée par des commentateurs qui estiment que la dissuasion doit être calculée en référence au chiffre d'affaire sur le produit concerné, c'est à dire au niveau de la «*business unit*» concernée par l'infraction. En clair: si une «*business unit*» est impliquée dans un cartel, la dissuasion devrait être calculée uniquement en référence à cette «*business unit*», car il suffirait d'imposer une amende équivalente aux profits illicites de cette *seule* «*business unit*» pour obtenir une dissuasion suffisante.

Notre réponse à cette critique est claire: l'existence de multiplicateurs importants peut s'analyser comme une compensation de la probabilité

limitée de détection qui caractérise les infractions les plus graves. Si les facteurs multiplicateurs n'existaient pas, vu la probabilité limitée de détection, les grands groupes diversifiés pourraient être tentés de multiplier les cartels sur différentes lignes de produits (il existe hélas de nombreux exemples concrets). L'objectif de dissuasion effective doit donc nous conduire à augmenter l'amende. On remarquera toutefois que les facteurs multiplicateurs sont utilisés uniquement dans le cas de très grands groupes pour lesquels les amendes seraient sinon dérisoires, et toujours dans des cas où il existe une disparité très forte, au sein d'une même affaire, de la taille des entreprises. En outre, les facteurs multiplicateurs ont jusque là été plafonnés, en moyenne à 2, donc leur progression n'est donc évidemment pas linéaire.

En ce qui concerne la **durée**, il y a peu de choses à dire. La pratique s'est établie de considérer que chaque année pleine d'infraction conduit à une augmentation de 10% du montant de départ. En dessous d'une année pleine, toute période supérieure à 6 mois justifie une augmentation de 5%.

Il est important de souligner cependant qu'au regard des dommages causés au marché sur l'ensemble de la période d'infraction, la méthode de calcul des amendes tend à sous-estimer ces effets puisque la durée ne rentre en compte que de manière assez limitée dans le calcul des amendes. Notre pratique joue donc à l'avantage des entreprises et il faut donc relativiser le niveau actuel d'amendes: si on définissait un montant par année et qu'on le multipliait par le nombre d'années, ce qui serait logique, les montants seraient beaucoup plus élevés pour des infractions de longue durée.

En ce qui concerne les **circonstances aggravantes ou atténuantes**, notre pratique est riche et je n'entreprendrai pas de tout détailler. Je m'arrêterai sur quelques points marquants.

Eu égard aux *circonstances aggravantes*, deux points principaux sont à retenir, à savoir la qualification de «*chef de file*» de l'infraction et la *récidive*. Dans chacune de ces circonstances, l'augmentation d'amende la plus fréquente est de 50%, ce qui est considérable. Cette politique s'explique parfaitement par la volonté de garantir l'effet préventif et dissuasif des amendes imposées. L'augmentation de l'amende imposée au chef de file a pour objectif de *dissuader toute entreprise de jouer un rôle moteur dans une infraction*. Quant à la sanction des récidivistes, elle est forte dans la mesure où elle *prend acte que la première sanction imposée n'a pas été assez dissuasive*.

Au chapitre des *circonstances atténuantes*, il faut noter qu'au moins en ce qui concerne les restrictions par objet, *l'argument de l'absence d'impact sur le marché*, bien qu'il soit systématiquement invoqué par les entreprises, *ne peut pas être retenu comme circonstance atténuante*. La notion de «non-application effective», qui figure dans la liste dressée par les lignes directrices, ne doit surtout pas être confondue avec l'absence d'ef-

fets. La «non-application effective» ne peut être retenue que pour des entreprises qui se seraient systématiquement et clairement abstenues de mettre en pratique les accords restrictifs. Le simple fait de «tricher» dans le dos des autres membres d'un cartel ne constitue pas une circonstance atténuante, comme l'a confirmé la Cour.

Lors des deux dernières années, avec la très forte augmentation du nombre de décisions et des montants élevés des amendes, de **nouvelles questions** se sont posées, auxquelles la Commission s'est efforcée de répondre.

Compte tenu des enjeux financiers en cause et de la méthode utilisée, *la question de l'imputation de l'infraction* à telle ou telle entité juridique à l'intérieur d'un groupe d'entreprise joue un rôle déterminant. On a vu des entreprises tenter certaines manipulations à cet égard. La Commission entend donc désormais être particulièrement vigilante, notamment en s'appuyant sur la notion de responsabilité solidaire pour éviter ce genre de manoeuvres.

Compte tenu de la taille désormais mondiale d'une grande partie des cartels, les invocations du principe *non bis in idem* au regard des amendes déjà imposées notamment aux États Unis se sont multipliées. La Commission a toujours fermement rejeté ces demandes, car les sanctions américaines ne visent que les dommages causés à l'économie américaine, tout comme les amendes européennes ne concernent que les effets du cartel sur le territoire européen.

Compte tenu du montant élevé des amendes et de la situation financière parfois très délicate des entreprises impliquées dans ces cartels, *l'incapacité à payer* a été évoquée à plusieurs reprises à l'appui d'une demande de réduction de l'amende. Il s'agit d'une question très épineuse pour la Commission. A cet égard, la Commission a développé une approche très restrictive. Tout en procédant à un examen précis, fondé sur certains ratios financiers, de la situation des entreprises concernées, elle jusqu'ici toujours refusé de réduire une amende au titre de l'incapacité à payer, conformément d'ailleurs à la jurisprudence développée par la Cour, qui est extrêmement stricte en la matière. En outre, il est virtuellement impossible, compte tenu de la multitude de facteurs qui rentrent en jeu, de déterminer au moment de la décision le seuil à partir duquel la vie de l'entreprise serait irrémédiablement mise en danger. Toute politique laxiste en la matière pourrait avoir pour effet de créer un sentiment d'immunité dans le chef d'entreprises en mauvaise santé financière.

Avec la multiplication des décisions et compte tenu de l'implication des entreprises dans plusieurs cartels, la question s'est posée de la *légitimité de l'imposition successive d'amendes élevées dans un laps de temps très court*, et alors que les infractions ont été commises de manière simultanée. D'une manière générale, le fait d'avoir récemment reçu des amendes ne justifie en aucune manière qu'une nouvelle amende doive être réduite, ce qui reviendrait à conférer de facto une immunité d'amendes

à certaines entreprises. Toutefois le problème s'est posé d'entreprises en situation financière délicate auxquelles de lourdes amendes avaient été imposées. A titre tout à fait exceptionnel, la Commission a tenu compte de la conjonction de ces deux facteurs et a octroyé, à ce titre, une réduction d'amende à une entreprise (*Spécialités graphites*).

### 3. ENSEIGNEMENTS ET PERSPECTIVES D'EVOLUTION

Au terme de cinq ans de mise en pratique, il est possible de *tirer un certain nombre d'enseignements*, qui permettent de dessiner en pointillé les principaux axes qui doivent conduire notre réflexion sur le futur de notre politique d'amendes.

Les lignes directrices ont permis de rendre *plus transparente* la politique d'amendes, en rendant publique une véritable méthodologie. Les critères rentrant en compte dans la détermination des montants sont désormais connus. Par ailleurs, après plus de 40 décisions, une véritable jurisprudence s'est développée, même si chaque cas revêt ses spécificités. Les entreprises et leurs conseils sont donc en mesure d'évaluer la fourchette de leur exposition.

Certes, les entreprises nous reprocheront toujours une prévisibilité insuffisante. Il faut à cet égard insister sur deux choses. En premier lieu, chaque affaire présente par définition des spécificités propres. En *oultre la politique d'amendes est, comme son nom l'indique, une «politique» qui ne peut s'appliquer mécaniquement*. Il est donc légitime que la Commission dispose à cet égard d'une marge significative de discrétion. Enfin, pour être efficace une politique de dissuasion doit se garder d'opérer une «tarification» des infractions: *un certain degré d'imprévisibilité* permet d'empêcher les entreprises de céder à la tentation du simple bilan «coût/bénéfices» d'une infraction à la loi.

Cela dit, *toute méthodologie à vocation à s'améliorer* et il faut réfléchir à la manière de remédier aux faiblesses éventuelles identifiées. Quelles sont-elles? D'abord je dirais que si réflexion de fond il devait y avoir, elle devrait porter surtout sur *trois éléments*, à savoir la méthode de calcul du *montant de départ* (c'est le coeur de l'amende), la *composante «durée»* d'une amende et l'estimation de la *capacité contributive réelle* de l'entreprise.

En ce qui concerne *le montant de départ*, trois points faibles. peuvent être identifiés. En premier lieu, le système forfaitaire, s'il a servi de signal fort aux marchés, a abouti à des systèmes correctifs assez complexes qui ont pu être considérés comme insuffisamment objectifs car ils ne se basent pas sur des données quantitatives strictes, mais davantage sur des «ordres de grandeur», d'où parfois une accusation d'arbitraire. En second lieu, la méthode actuelle mêle intimement des considérations relatives la gravité et des données objectives sur les entreprises (part de marché, taille globale).

D'où le risque que les entreprises perçoivent le calcul des montants de départ comme une «boîte noire». Enfin, troisièmement, malgré les systèmes correctifs l'approche forfaitaire conduit toujours à un niveau relativement faible des amendes imposées aux très grandes entreprises, et à une rigidité à la baisse des amendes aux petites entreprises dans le cas d'infractions très graves, au risque que la Commission soit accusée de les punir de manière excessive.

Notre réflexion encore tout à fait *exploratoire*, se développe donc autour de ces problématiques. En premier lieu, il pourrait être souhaitable d'utiliser pour le calcul certaines données objectives, telles que la valeur du marché et la puissance de marché de l'entreprise. Le besoin éventuel de dissuasion pourrait en outre faire l'objet d'une méthode de calcul mieux définie. En second lieu, tous les éléments pertinents relatifs à la gravité de l'infraction pourraient être regroupés dans une sorte de *grille d'analyse systématique* qui débouche sur un diagnostic précis en matière de gravité. Le montant de départ final pourrait résulter de l'application à une «base objective» de l'amende d'un certain «pourcentage de gravité». Une telle approche aurait le mérite de clairement *dissocier ce qui relève de la pure objectivité de ce qui relève de la sphère plus discrétionnaire de l'analyse politique de la gravité*. Elle permettrait à une entreprise de procéder à certaines estimations de son «exposition» tout en préservant, en ce qui concerne l'analyse de la gravité, la marge discrétionnaire qui revient à la Commission.

Il faudrait ensuite examiner la composante de durée de l'infraction, qui représente actuellement une partie faible de l'amende globale imposée. Or les dommages causés sont quant à eux strictement proportionnels à la durée de l'infraction. *Il serait donc logique que l'amende augmente proportionnellement à la durée de l'infraction*. C'est une piste à explorer.

Enfin, nous devons nous interroger sur l'approche la meilleure en termes *d'analyse de la capacité contributive réelle de l'entreprise*, qui est un élément clé du succès d'une politique de dissuasion optimale. La Commission doit se pencher sur ce problème car elle devra faire face à des demandes récurrentes de la part des entreprises.

Vous noterez que la Commission considère que sa politique d'amendes peut et doit être évolutive, mais qu'elle doit rester inspirée par les principes de *dissuasion* (plus que de répression) et de transparence maximale, sans préjudice toutefois de la marge de discrétion qui est inhérente à toute politique. Les lignes directrices de 1998 ont constitué un progrès majeur, même si elles ne résolvent pas tous les problèmes. Une réflexion est entamée sur les éventuelles améliorations à apporter.

Mais je ne voudrais pas conclure cette intervention sans évoquer deux autres questions qui, sans relever directement de la politique d'amendes, entretiennent un lien étroit avec elle. Il s'agit de la nouvelle politique de clémence de la Commission et de l'enjeu des actions en dommage et intérêts pour la mise en oeuvre d'une politique de concurrence efficace.

La *nouvelle communication sur la clémence de février 2002* a marqué une inflexion très nette dans la politique en la matière. La possibilité d'obtenir de la Commission une immunité conditionnelle d'amendes devrait conduire les entreprises à saisir une occasion unique de se mettre en règle avec les règles de concurrence. En effet, la nouvelle politique de clémence devrait contribuer à une augmentation très nette de la probabilité de détection. Cette situation devrait renforcer le caractère dissuasif des amendes, même si leurs montants devaient rester à des niveaux similaires à ceux que l'on connaît actuellement.

Par ailleurs, vous savez que la *Commission porte un grand intérêt au développement de l'action en dommages et intérêts dans les affaires de concurrence*. La culture de l'action privée est encore peu développée en Europe, mais cela pourrait changer rapidement. Un tel développement pourrait contribuer de manière décisive à la discipline des marchés.



El trabajo en esta parte del Anuario está inspirado en el mismo espíritu, y se refiere de modo especial a las exposiciones de interés en materia de competencia. La selección de obras, sobre particular en exposiciones periodísticas por el hecho de que se refieren globalmente al período 2000 y como bibliografía preliminar a principios de 2001, a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista.

## SEXTA PARTE

# BIBLIOGRAFÍA

En primer lugar se refieren a las exposiciones de interés en materia de competencia. A continuación se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista. En tercer lugar se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista. En cuarto lugar se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista. En quinto lugar se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista. En sexto lugar se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista. En séptimo lugar se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista. En octavo lugar se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista. En noveno lugar se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista. En décimo lugar se refieren a los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y a los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista.

Como se ve el Anuario de la competencia de 2001 incluye además de los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y de los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista, los trabajos de los congresos de 2000 y 2001 y de los publicados en 2001 y 2002, así como al trabajo anterior de esta revista.

- *Tratado de la competencia. Comentarios prácticos*.
- *Acta. II y III*.
- *Instrucción verbal de la competencia*.
- *Comentarios a la Ley de Defensa Económica*.
- *Comentarios a la Ley de Defensa Económica*.
- *Comentarios a la Ley de Defensa Económica*.
- *Comentarios a la Ley de Defensa Económica*.

## 5. ESPAÑA

Acta. II y III. *Tratado de la competencia de los jueces de comercio*. Madrid, Madrid, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025.



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 2003 o son monografías publicadas a principios de 2004, a las publicaciones aparecidas en el año 2003 y a las publicadas en 2002 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 «Otros sistemas» contiene una lista de trabajos sobre los sistemas 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/es/instit/services/index.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://base.marcialpons.es/cgi-bin/marcialpons.storefront>— y el catálogo informático de la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América —<http://catalog.loc.gov/>—.

Como en el *Anuario de la Competencia de 2002*, se han ordenado las referencias bibliográficas relativas a la Unión Europea en distintos epígrafes, para dotar a 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

ABEL VILELA, Fernando Adolfo de, *La concentración de los medios de comunicación social en los Derechos español y comunitario*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 296 pp.

- ALONSO NUEZ, María Jesús, y ROSELL MARTÍNEZ, Jorge, «Descentralización de los órganos de defensa de la competencia en España: impacto en los expedientes sancionadores», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 227, 2003, pp. 55-60.
- 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*, año XVIII, núm. 215, 2002, pp. 43-64.
- AMILS ARNAL, Rais, «Los nuevos tribunales autonómicos de defensa de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 224, 2003, pp. 64-79.
- ARANA GARCÍA, Estanislao, «El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: el progresivo camino hacia la liberalización del sector», *Noticias de la Unión Europea*, año XIX, núm. 216, 2003, pp. 9-22.
- ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, Almudena, «La nueva regulación sobre concentraciones empresariales en España», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 321-355.
- ARRUÑADA, Benito, «Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 51-67.
- ÁVILA ORIVE, José Luis, «Encomienda de gestión y defensa de la competencia», *Actualidad Administrativa (La Ley)*, núm. 12, 2003, pp. 281-303.
- BASSOLS COMA, Martín, «Economía y Constitución: XXV aniversario», *Economía Industrial*, núms. 349-350, 2003, [http://www.mcyt.es/asp/publicaciones/revista/num349\\_350.htm](http://www.mcyt.es/asp/publicaciones/revista/num349_350.htm).
- BENEYTO PÉREZ, José María (dir.), y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo (coord.), *Regulación y competencia en telecomunicaciones*, Madrid, Dykinson, 2003, 543 pp.
- «Enfoque económico y descentralización en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia: sus efectos respecto a las autoridades y los Derechos nacionales de la competencia», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 465-490.
- BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, Luis, «La aplicación del Derecho de la competencia en el nuevo marco regulador europeo», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. extraordinario 1, 2003, pp. 21-38.
- CABRERA DE LA IGLESIA, Jesús, y GARCÍA ZABALLOS, Antonio, «Regulación del coste neto del servicio universal: realidad actual y planteamientos para el futuro», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 105-124.
- CALVIÑO, Nadia, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 67-92.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CANEDO ARRILLAGA, María Pilar, «Libre competencia y descentralización», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 5, 2003, pp. 5-45.
- CASCALES MORENO, Fernando José, «El derecho de la competencia interno y comunitario, de aplicación al transporte terrestre», *Noticias de la Unión Europea*, año XIX, núm. 216, 2003, pp. 23-39.
- CASES, Lluís, *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, 776 pp.
- COSTAS COMESAÑA, Julio, «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, *Wounters*)», *Anuario de la Competencia*

- 2002, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 413-428.
- COSTAS I TERRONES, Joan Carles, «Hacia una red de defensa de la competencia en España», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 47-66.
- CREUS CARRERAS, Antonio; URIARTE VALIENTE, Begoña, y AMADOR PEÑATE, Olivia (eds.), *Código de Derecho de la competencia*, Cizur Menor, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2003, 1.363 pp.
- CRUZ ROCHE, Ignacio; REBOLLO ARÉVALO, Alfonso, y YAGÜE GUILLÉN, María Jesús, «Concentración y competencia en los canales de distribución de productos alimenticios», *Papeles de Economía Española*, núm. 96, 2003, pp. 112-133.
- CUBERO MARCOS, José Antonio, «La obligación de interconexión en relación con el servicio universal de telecomunicaciones», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 17, 2003, pp. 153-184.
- CUERVO GARCÍA, Álvaro, y SANDULLI, Francesco D., «Creación empresarial y dominio de mercado: el caso del Departamento de Justicia de los Estados Unidos contra Microsoft», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 217-234.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la, «La competencia entre plataformas como solución para el despliegue de la banda ancha en España», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. extraordinario 1, 2003, pp. 77-120.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando, *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, 416 pp.
- «Los objetivos del derecho antitrust», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 224, 2003, pp. 32-52.
- «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del *monopoly leveraging* a las *essential facilities*», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 248, 2003, pp. 555-574.
- ESCRIBANO SÁEZ, Álvaro; GONZÁLEZ GÓMEZ, Patricia, y LASHERAS SAN MARTÍN, Julio, «Regulación y análisis económico del servicio postal en España», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 161-188.
- FAIÑA MEDÍN, J. Andrés; GARCÍA-LORENZO, Antonio, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Jesús, «La liberalización del mercado del gas», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 35-53.
- FERNÁNDEZ, Cani, y PETITBÒ, Amadeo, «La creación de estructuras anticompetitivas en los mercados públicos», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 157-172.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda, «Reflexiones sobre la noción de red (su relevancia en la regulación de los servicios esenciales económicos en red)», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 18, 2003, pp. 11-34.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, y RUBÍ NAVARRETE, Jesús, «La caducidad del procedimiento administrativo en materia de defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 339-362.
- FRANCH MENÉU, José Juan, «Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de las autoridades nacionales», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 275-285.

- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, «Hacia una política de clemencia en el Derecho de la competencia español», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 227, 2003, pp. 16-35.
- GARRIDO PÉREZ, Alberto, «Transportistas y servicios postales ante la liberalización comunitaria», *Noticias de la Unión Europea*, año XIX, núm. 216, 2003, pp. 41-47.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., «El arbitraje administrativo en el Derecho de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp. 7-17.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, José Manuel, y ONRUBIA FERNÁNDEZ, Jorge, «Información, evaluación y competencia al servicio de una gestión eficiente de los servicios públicos», *Papeles de Economía Española*, núm. 95, 2005, pp. 2-23.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «Servicio público, liberalización y derecho de la competencia», *Noticias de la Unión Europea*, año XIX, núm. 216, 2003, pp. 49-51.
- GORRIZ, Carlos, «Distribución por Internet y Derecho de defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 473-506.
- GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio, «El fútbol, la televisión y... las normas de competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 301-326.
- GUILLÉN CARAMES, Javier, «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 Roquete Frères del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de octubre de 2002)», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 451-472.
- GUTIÉRREZ CARRIZO, Inmaculada, y LORENZO GARDÓN, Patricia, «Regulación comercial basada en cuotas de mercado», *Boletín Económico ICE*, núm. 2.787, del 17 al 23 de noviembre de 2003, pp. 23-34.
- HERGUERA GARCÍA, Íñigo, «Las industrias de red ante la liberalización de los mercados», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 3-12.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, «Las transformaciones del servicio público», *Actualidad Administrativa (La Ley)*, núm. 39, 2003, pp. 931-957.
- JIMÉNEZ LATORRE, Fernando, «Líneas actuales de la política de competencia en España», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 39-46.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «Concentraciones empresariales en Internet», *Régimen jurídico de Internet*, 2002, pp. 459-485.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira, «Televisión: servicio público, financiación y libre competencia en la Unión Europea», *La Ley*, año XXIV, núm. 5.734, 2003, pp. 1-5.
- LÓPEZ GÁLVEZ, Isabel, «Mecanismos de remisión entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 363-386.
- LÓPEZ MILLA, Julián, «1998-2002: avances y obstáculos en la expansión de la competencia en el mercado eléctrico español», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 13-34.
- MARCOS, Francisco, «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)», *Anuario de la Competencia*

- 2002, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 507-534.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, «La aplicación del Derecho de defensa de la competencia a los colegios profesionales: notas a propósito del libro *Colegios Profesionales y Competencia*», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 223, 2003, pp. 85-91.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto J. de, «La negativa de suministro como supuesto anti-trust (especial referencia al mercado de las especialidades farmacéuticas)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 224, 2003, pp. 53-63.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción de normas comunitarias europeas: la histórica Sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de junio de 2003 en la reclamación de los daños causados a Canal Satélite Digital», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 2003, núm. 227, pp. 3-15.
- MENÉNDEZ REXACH, Eduardo, «Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de los jueces», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 259-274.
- MONTERO PASCUAL, Juan José, «Los servicios postales: otra industria en red en proceso de liberalización», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 16, 2003, pp. 111-130.
- ODRIOZOLA, Miguel, «La nueva normativa horizontal en perspectiva», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 143-154.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «La liberalización y el servicio público del transporte por carretera en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, año XIX, núm. 216, 2003, pp. 75-92.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, «Autorizaciones de comercialización y comercio paralelo de medicamentos», *Diario La Ley*, año XXIV, núm. 5.813, 30 de junio de 2003, D-154.
- PASCUAL VICENTE, Julio, «Los más antiguos antecedentes conocidos de legislación antitrust son españoles (noticia documentada sobre los antecedentes históricos de la legislación antitrust)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 225, 2003, pp. 113-115.
- «Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia», *Gaceta jurídica de la unión europea y de la competencia*, núm. 4, 2003, pp. 10-31.
- PATEIRO RODRÍGUEZ, Carlos, «El proceso y el modelo liberalizador del sector postal en la unión europea. Referencia al caso de España», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 141-160.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes, «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 224, 2003, pp. 80-96.
- «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. 228, 2003, pp. 65-84.
- «Cuestiones que plantea la aplicación en España de programas de arrepentimiento, en defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 327-338.
- PETITBÒ-JUAN, Amadeo, «La regulación de la competencia en la Unión Europea: ¿lecciones para la OMC?», *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo*, 2001, pp. 331-359.

- RODRÍGUEZ CUIEL, José-Wenceslao, «Las ayudas públicas en la Ley de Defensa de la Competencia», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 357-392.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «E-Marketplaces: competencia entre mercados», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 228, 2003, pp. 53-64.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel, «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 228, 2003, pp. 32-51.
- RUIBAL PEREIRA, Luz, «Las medidas fiscales españolas a la luz de la competencia fiscal lesiva en el marco de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, año XVIII, núm. 214, 2002, pp. 133-147.
- SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo, «Comentarios sobre iniciativas recientes de cooperación institucional a nivel internacional en el campo de la defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 27-38.
- TATO PLAZA, Anxo, «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, Expte. 319/02, “Código de Publicidad de Tabaco”», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 389-398.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, «Contratos de las Administraciones Públicas y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 131-156.
- VIDAL CASERO, María del Carmen, «Los colegios oficiales de farmacéuticos vigilantes de las normas farmacéuticas y deontológicas. Análisis legislativo y jurisprudencial», *Actualidad Administrativa (La Ley)*, núm. 3, 2003, pp. 53-81.
- ZABALETA DÍAZ, Marta, «La explotación desleal de la dependencia económica en Alemania. Eventual incorporación de sus conclusiones al Derecho español» *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245, 2003.
- «La reforma del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia», *Derecho de los Negocios*, núm. 152, 2003, pp. 18-28.

## 2. UNIÓN EUROPEA

### A. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- AAVV, *Shrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, Köln, rws-Verlag Kommunikationsforum, 2003.
- ALBER, Siegbert, *Finanzdienstleistungen der öffentlichen Hand in der nationalen und europäischen Wettbewerbsordnung* Bitburger Gespräche: Jahrbuch 2002/I, 2003, pp. 7-27.
- ANDENÆS, Mads Tønnesson, y PAPADOPOULOS, Anastasios, «Antitrust law and international companies», *European business law review*, vol. 13, núm. 3, 2002, pp. 193-216.
- ARRUÑADA, Benito, «Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 51-67.
- BACHMANN, Werner, «Anlässlich dem europäischen Topf dem statt findet: von Wettbewerb und Vertragskontrolle», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 11, 2003, Heft 2, pp. 703-705.



- BAUDENBACHER, Carl, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: zehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2003*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2003, 364 pp.
- BEHRENS, Peter, «Comments on Josef Drexl: choosing between supranational and international law principles of enforcement», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 343-346.
- BENEYTO PÉREZ, José María, «Enfoque económico y descentralización en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia: sus efectos respecto a las autoridades y los derechos nacionales de la competencia», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 465-490.
- BERGAMINI, Elisabetta, «Le eccezioni generali e di sicurezza dell'Accordo GATS alla liberalizzazione dei servizi», *Commercio internazionale sostenibile*, 2003, pp. 77-93.
- BLAISE, Jean-Bernard, *Droit des affaires: commerçants, concurrence, distribution*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, 605 pp.
- BLASSELLE, Richard, *Traité de droit européen de la concurrence*, t. I, Paris, Publisud, 2002, 644 pp.
- BOOS, Andreas J., *Die freien Berufe und das kartellrechtliche Empfehlungsverbot: eine Studie zur Bedeutung des kartellrechtlichen Empfehlungsverbotes bei Wettbewerbsbeschränkungen in den freien Berufen unter Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts und mit Beispielen aus der privatärztlichen Gebührenliquidation*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 212 pp.
- BORTOLUZZI, Stéphane, *L'équilibre juridique de la concurrence: aspects de droit privé*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2003, 371 pp.
- BROß, Siegfried, «Daseinsvorsorge», *Wettbewerb, Gemeinschaftsrecht, Juristenzeitung*, 58, 2003, 18, pp. 874-879.
- BUNTE, Hermann-Josef, *Langfristige Gaslieferverträge nach nationalem und europäischem Kartellrecht*, Köln, Heymann, 2003, 114 pp.
- BUNTE, Klaus, y HEINTZ, Dominique, «Zugang zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen: Paragr. 19 Abs. 4 Ziffer 4 gWB im Lichte der französischen Rechtsprechung zum kartellrechtlichen Begriff der "facilités essentielles"», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 6, pp. 598-610.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2003, 1308 pp.
- CASES, Lluís (dir.), *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, 776 pp.
- CHIEFFI, Ilaria, «Compatibilità di misure statali di intervento sui mercati con la disciplina comunitaria della concorrenza», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIII, núm. 2, 2003, pp. 385-426.
- COLLINS, Hugh (ed.), *The forthcoming EC directive on unfair commercial practices: contract, consumer, and competition law implications*, New York, Kluwer Law International, 2003.
- COONEY, William, «Competition and the Noerr-Pennington doctrine: when should political activity be barred under European Community competition law?», *The George Washington international law review*, vol. 34, núm. 4, 2003, pp. 871-894.
- DARÁZS, Lénárd, «EG-Vertriebsrecht und assoziiertes nationales Kartellrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14, 2003, Heft 5, pp. 138-146.
- DISNER, Eliot G., *Antitrust law for business lawyers: questions, answers, law, and commentary*, 2.<sup>a</sup> ed., Philadelphia, PA, American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education, 2003, 260 pp.

- DLOUHY, Alexander, *Extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts im europäischen und us-amerikanischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 267 pp.
- DREXL, Josef (ed.), y BEHRENS, Peter, *The future of transnational antitrust: from comparative to common competition law*, Berne, Stämpfli; The Hague, Kluwer Law International, 2003, 362 pp.
- ECKHOFF, Johann (ed.), *Competition policy in Europe*, New York, Springer, 2003.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, «A transnational antitrust convention and the recent European antitrust proposals: exercises in economic anthropology», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 341-385.
- FREYER, Tony A., «Antitrust and bilateralism: the us, Japanese and EU comparative and historical relationships», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 3-51.
- FRITZSCHE, Alexander, «Der Einfluss des europäischen Wettbewerbsrechts auf das Ministererlaubnisverfahren nach Paragr. 42 GWB», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 11, pp. 1153-1165.
- GAL, Michal S., *Competition policy for small market economies*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003, 324 pp.
- GARRIDO PÉREZ, Alberto, «Transportistas y servicios postales ante la liberalización comunitaria», *Noticias de la Unión Europea*, XIX, núm. 216, 2003, pp. 41-47.
- GÉRADIN, Damien, y PETIT, Nicolas, «Règles de concurrence et partenariat euro-méditerranéen: échec ou succès?», *Revue internationale de droit économique*, núm. 1, 2003, pp. 47-102.
- GIPPINI FOURNIER, Eric, y RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, «Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: à propos des arrêts de la Cour de justice des 4 juin 2002 et 13 mai 2003 sur les "golden shares"», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 1, 2003, pp. 39-86.
- GOETTE, Wulf, «Kaufmacht und Kartellrecht», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2003, pp. 243-262.
- GOYDER, D. G., *EC competition law*, 4.<sup>a</sup> ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2003, 627 pp.
- GREAVES, Rosa (ed.), *Competition law*, Aldershot, Ashgate, 2003, 627 pp.
- HEINE, Klaus, *Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht: zur Funktionsfähigkeit eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen im europäischen Gesellschaftsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 312 pp.
- HERTIG, Gérard, y MCCAHERY, Joseph A., «Company and takeover law reforms in Europe: misguided harmonization efforts or regulatory competition?», *European Business Organization law review*, vol. 4, 2003, 2, pp. 179-211.
- JONES, Clifford, «Trilateralism in private antitrust enforcement: Japan, the USA, and the European Union», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 211-224.
- KERJOUAN, Isabelle, *Concentration d'achat dans la grande distribution et droit de la concurrence*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2002, 495 pp.
- KIRCHNER, Christian, «Verhältnis zwischen deutschem Kartellrecht und europäischem Wettbewerbsrecht: Zuständigkeiten, Konflikte, Reformkonzepte», *Schwerpunkte des Kartellrechts*, FiW-Schriftenreihe, Heft 186, 2001-2002, pp. 1-16.
- KUNZLIK, Peter, «Globalization and hybridization in antitrust enforcement: European "borrowings" from the us approach», *The antitrust bulletin*, vol. XLVIII, núm. 2, 2003, pp. 319-353.

- LINDNER, Josef Franz, «Zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Wettbewerbsfreiheit», *Die öffentliche Verwaltung*, 56, 2003, Heft 5, pp. 185-192.
- LONDON, Caroline, «Concurrence et environnement: une entente écologiquement rationnelle?», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 2003, pp. 267-286.
- MAGNANI, Paola, *La tutela della concorrenza nel "mercato" dell'innovazione*, Milano, EGEA, 2003, 170 pp.
- MALAURIE-VIGNAL, Marie, *Droit de la concurrence*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, Colin, 2003, 271 pp.
- MARCIANO, Alain, *From economic to legal competition: new perspectives on law and institutions in Europe*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, E. Elgar, 2003.
- MATSUSHITA, Mitsuo, y JONES, Clifford A. (eds.), *Competition policy in the global trading system*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, 406 pp.
- MOCCI, Giovanni, *Commercio elettronico diretto: Iva come fattore distorsivo della concorrenza e risposta dell'Unione Europea, Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXVII, núm. 25, 2003, pp. 3905-3911.
- MODRALL, James R., y CIULLO, Stefano, «Gun-jumping and EU merger control», *European competition law review*, vol. 24, issue 9, 2003, pp. 424-430.
- MONTI, Mario, «Challenges for European competition law», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2003, pp. 3-13.
- «EU competition policy», *International antitrust law & policy*, 2003, pp. 87-96.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Paradigmenwechsel im europäischen Kartellrecht?: zu den Reformvorschlägen der Kommission», *Wandel der Rechtsordnung*, 2003, pp. 85-96.
- «Juristisches versus ökonomisches Verständnis eines Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen», *Festschrift für Winfried Tilmann*, 2003, pp. 705-719.
- MURAKAMI, Masahiro, «Competition rules and enforcement in the US, EU, and Japan», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 95-105.
- NACIONES UNIDAS, UNCTAD, *Model law on competition: substantive possible elements for a competition law, commentaries and alternative approaches in existing legislations*, Geneva, United Nations, 2003, 86 pp., Documento TD/RBP/CONF.5/7/Rev.1.
- NORBERG, Sven, «Developments in EU competition policy: decisions by the European Commission in the field of antitrust and mergers adopted during the last year», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2003, pp. 19-111.
- PARDOLESI, Roberto, y GRANIERI, Massimiliano, «Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e "liaisons dangereuses"», *Il foro italiano*, anno CXXVIII, núm. 10, pt. V, 2003, col. 193-215.
- PETITBÒ-JUAN, Amadeo, «La regulación de la competencia en la Unión Europea: ¿elecciones para la OMC?», *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo*, 2001, pp. 331-359.
- PIJNACKER HORDIJK, Erik H., «State intervention in the economy: from State monopolies to regulated industries», *From Paris to Nice*, 2003, pp. 131-149.
- RIVAS, José, y BRANTON, Jonathan, «Developments in EC competition law in 2002: an overview», *Common market law review*, vol. 40, núm. 5, 2003, pp. 1187-1240.
- SARTI, Davide, «Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust», *Rivista di diritto industriale*, anno LI, núm. 6, pt. I, 2002, pp. 543-576.
- SCHIANO, Roberto, «Unione Europea, diritto antitrust e WTO: verso un nuovo accordo sulla concorrenza», *Commercio internazionale sostenibile*, 2003, pp. 293-313.

- SCHRÖTER, Helmuth R. B.; JAKOB, Thina, y MEDERER, Wolfgang, *Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 2442 pp.
- SCHUMACHER, Kai, *Public-Private-Partnerships und Kartellrecht: eine Untersuchung am Beispiel des Umweltrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 320 pp.
- SCODITTI, Enrico, «Il consumatore e l'antitrust», *Il foro italiano*, anno CXXVIII, núm. 4, pt. I, 2003, col. 1127-1130.
- SEREBRISKY, Tomas, *What do we know about competition agencies in emerging and transition countries?: evidence on workload, personnel, priority sectors, and training needs*, Washington (DC), World Bank, 2003, <http://www.econ.worldbank.org/view.php?>
- SHIN, Dong-Kweon, *Die «Essential-facilities»-Doktrin im europäischen Kartellrecht*, Berlin, Logos, 2003, 240 pp.
- SOSNITZA, Olaf, «Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland: zum Regierungsentwurf zur Reform des UWG», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 105, 2003, Heft 9, pp. 739-746.
- STAPPER, Thilo, *Das Essential facility-Prinzip und seine Verwendung zur Öffnung immaterialgüterrechtlich geschützter de facto Standards für den Wettbewerb*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 237 pp.
- SUBIOTTO, Romano, y SNELDERS, Robbert, *Antitrust developments in Europe 2002*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Kluwer Law International, 2003.
- VEDDER, Hans, *Competition law and environmental protection in Europe: Towards sustainability?*, Groningen, Europa Law Pub., 2003, 478 pp.
- VICKERS, John, «Competition economics and policy», *European competition law review*, vol. 24, issue 3, 2003, pp. 95-102.
- WAGNER, Florian H., «Die Verantwortlichkeit des Staates für Wettbewerbsbeschränkungen durch Gesetz in föderalen Systemen», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2003, Heft 5, pp. 454-472.
- WOUDE, Marc H. van der, y JONES, Christopher, *EC competition law handbook*, 2.<sup>a</sup> ed., 2002/2003, London, Sweet & Maxwell, 2003, 1066 pp.

## B. ARTS. 81 Y 82 TCE

- ABERMANN, Johannes, *Die Essential facilities doctrine im europäischen und österreichischen Kartellrecht: unter Berücksichtigung der Entstehung und Entwicklung im US-amerikanischen Antitrust-Recht*, Linz, Trauner, 2003, 202 pp.
- ABEYRATNE, Ruwantissa, «The decision of the European Court of Justice on open skies and competition cases», *World competition*, vol. 26, núm. 3, 2003, pp. 335-362.
- ACKERMANN, Thomas, *Essential facilities: ein Fall für die Regulierung?: die Grenzen des kartellrechtlichen Anspruchs auf Zugang zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen*, Osnabrück, Der Andere Verlag, 2003, 100 pp.
- ARHEL, Pierre, «Le cartel des vitamines: des sanctions exemplaires», *Les petites affiches*, 392<sup>e</sup> année, 2003, pp. 4-8.
- «Modernisation des règles communautaires relatives à la mise en oeuvre de l'interdiction des ententes et abus de position dominante: publication du nouveau règlement», *Les petites affiches*, 392<sup>e</sup> année, 2003, núm. 66, pp. 6-16.
- ARNAUDO, Luca, «Le restrizioni accessorie nel diritto antitrust», *Contratto e impresa. Europa*, anno VII, núm. 2, 2002, pp. 931-975.
- «Principi, procedura e restrizioni accessorie nel diritto amministrativo e antitrust comunitario: note sulla sentenza Lagardère», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 1, 2003, pp. 168-182.

- ARP, Jarrett, y SWAAK, Christoforus Raymundus Albertus, «A tempting offer: immunity from fines for cartel conduct under the European Commission's new leniency notice», *European competition law review*, vol. 24, issue 1, 2003, pp. 9-18.
- BASTIANON, Stefano, «Ancora su tariffe professionali (dei geologi e degli avvocati) e diritto antitrust», *Il foro italiano*, anno CXXVIII, núm. 6, pt. I, 2003, col. 1760-1763.
- BAUDENBACHER, Carl, «Some comments on competition law and compulsory licensing», *Baudenbacher European law reporter*, núms. 7-8, pp. 270-274.
- BEATER, Axel, *Verbraucherverhalten und Wettbewerbsrecht*, *Festschrift für Winfried Tilmann*, 2003, pp. 87-104.
- BERENQUER FUSTER, Luis, «Réquiem por el Reglamento 17», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 93-130.
- BILGER, Stefan, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht*, Freiburg, Schweiz, Universitätsverlag, 2002, 431 pp.
- BLACK, Oliver, «What is an agreement?», *European competition law review*, vol. 24, issue 10, 2003, pp. 504-509.
- BOCKEN, Jan, «Maintien et mise en oeuvre du droit européen de la concurrence, articles 81 et 82 CE, règlement 17/62, règlement 1/2003, règlement (CE) n. 1/2003 du Conseil du 16 décembre relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévue aux articles 81 et 82 du Traité CE», *Revue de droit commercial belge = Tijdschrift voor Belgisch handelsrecht*, núm. 6, 2003, pp. 549-550.
- BONI, Stefano, «La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto», *Il diritto dell'Unione Europea*, anno VIII, 1, 2003, pp. 45-87.
- BORNKAMM, Joachim, «Die Masterfoods-Entscheidung des EuGH: Bindung der Zivilgerichte an Kommissionsentscheidungen: Lehren für das neue Kartellverfahren?», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 1, 2003, Heft 1, pp. 73-86.
- CAMELI, Federica, «La disciplina antitrust ed il risarcimento dei danni nella giurisprudenza americana e in quella italiana», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno XLII, 2003, núm. 1, pp. 79-102.
- COSTAS COMESAÑA, Julio, «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*)», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 413-428.
- CREUS CARRERAS, Antonio, «El nuevo enfoque económico en los acuerdos entre empresas aplicado a los casos de acuerdos horizontales», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 121-142.
- CRISCUOLI, Paolo, «Nuovi problemi in materia di illeciti antitrust», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 16.3, 2002, pp. 607-640.
- D'ELIA, Pierantonio, «I poteri ispettivi della Commissione e la sentenza Roquette Frères: verso un controllo più efficace del giudice nazionale», *Giustizia civile*, vol. LIII, 7-8, pt. I, 2003, pp. 1437-1443.
- DI FEDERICO, Giacomo, «L'impugnabilità della decisione comunitaria attributiva della qualità di denunciante nei procedimenti antitrust», *Il diritto dell'Unione Europea*, anno VIII, 2003, 1, pp. 147-161.

- DREHER, Meinrad, «Groups of undertakings and competition: regulatory approaches in Europe», *Unternehmensgruppen in mittel-und osteuropäischen Ländern*, 2003, pp. 145-177.
- EILMANSBERGER, Thomas, *Abschlusszwang und Essential Facility Doktrin nach art. 82 EG: Überlegungen aus Anlass der Entscheidung «IMS Health»*, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 14, Jahrg, 2003, Heft 1, pp. 12-23.
- FELLENIUS-OMNELL, Caroline; LANDSTRÖM, Charlotte, y COYET, Johan, «Modernizing EC competition law: will a system of parallel application of EC and national competition laws ensure convergence?», *International antitrust law & policy*, 2003, pp. 97-113.
- FLORIDIA, Giorgio, *Diritto antitrust: le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Milano, IPSOA, 2003, 654 pp.
- FOUQUET, Thierry, *L'application du droit communautaire aux entreprises en difficulté*, 2001, 455 pp.
- FOX, Eleanor M., «What is harm to competition?: antitrust, exclusionary practices, and the elusive notion of anticompetitive effect», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 87-111.
- FUCHS, Andreas, «Collaboration among competitors and the concept of restraint of competition: comments on Hanns Ullrich», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 225-233.
- GALÁN CORONA, Eduardo, «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma», *Revista de Derecho comunitario europeo*, año 7, núm. 15, 2003, pp. 499-525.
- GHEZZI, Federico, «Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core», *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, t. II, 2002, pp. 869-942.
- GILLIAMS, Hans M., «Modernisation: from policy to practice», *European law review*, vol. 28, núm. 4, 2003, pp. 451-474.
- GLÖCKNER, Jochen, «Alles bleibt so, wie es wird!: die EG-Verordnung Nr. 1/2003, die geplante 7. GWB-Novelle und der kartellrechtliche Schutz gegenüber im Vertikalverhältnis bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 49, 2003, 11, pp. 1327-1337.
- GOEBEL, Roger J., «The liberalization of interstate legal practice in the European Union: lessons for the United States?», *Services and free movement in EU law*, 2002, pp. 413-458.
- GOLDSCHMIDT, Peter I. B., y THOMSEN, Jakob, «Le règlement no 1/2003 permet-il une application cohérente et uniforme des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE?», *Eipascope*, núm. 2, 2003, pp. 24-30.
- GUILLÉN CARAMES, Javier, «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 Roquete Frères del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de octubre de 2002)», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 451-472.
- HOSSENFELDER, Silke, y LUTZ, Martín J., «Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 2, pp. 118-129.
- IMBRAGUGLIA, Michele, «Rifiuto di contrarre ed essential facilities: breve analisi delle problematiche sottese alla dottrina delle infrastrutture essenziali nel

- diritto della concorrenza», *Il foro padano*, anno 58, núms. 3-4, pt. II, 2002, col. 143-165.
- IMMENG, Frank A., y LANGE, Knut Werner, «Entwicklungen des europäischen Kartellrechts im Jahr 2003», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 49, 2003, Heft 12, pp. 889-895.
- JOSHUA, Julian Mathic, «The UK's new cartel offence and its implications for EC competition law: a tangled web», *European law review*, vol. 28, núm. 5, 2003, pp. 620-641.
- KAMANN, Hans-Georg, y BERGMANN, Ellen, «Die neue EG-Kartellverfahrensordnung: Auswirkungen auf die unternehmerische Vertragspraxis», *Betriebs-Berater*, 58, 2003, Heft 34, pp. 1743-1749.
- KLEES, Andreas, «Zu viel Rechtssicherheit für Unternehmen durch die neue Kronzeugenmitteilung in europäischen Kartellverfahren?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 11, pp. 1056-1068.
- KORAH, Valentine, «Refusal to supply or license», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 173-202.
- KOVAR, Robert, «Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE», *Recueil Dalloz*, núm. 7, 2003, pp. 478-485.
- LA COUR, Lisbeth F., y MOLLGAARD, H. Peter, «Meaningful and measureable market domination», *European competition law review*, vol. 24, issue 3, 2003, pp. 132-135.
- LAVAGNE, Benoît, «La réforme du droit des ententes: le règlement du 13 décembre 2002», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 471, 2003, pp. 526-529.
- LOGAN, Kenneth R.; LITWIN, Ethan E., y ANTOINE, Olivier, «Two comments: is "fast track" judicial review fast enough?: are there, based on the US experience, land mines in the modernization proposal?», *International antitrust law & policy*, 2003, pp. 115-127.
- LORENZO ALONSO, Manuel, *Die Neuausrichtung der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 81, 82 EG: Folgen der neuesten Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts für die Zwischenstaatlichkeitsklausel: unter besonderer Berücksichtigung des Bankenbereichs*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, 298 pp.
- MARC IVALDI, Bruno Jullien; PATRICK REY, Paul Seabright, y TIROLE, Jean, *The Economics of Tacit Collusion*, Toulouse, IDEI, marzo de 2003, Final Report for DG Competition, European Commission.
- MARCOS, Francisco, «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)», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 507-534.
- MARQUARDT, Paul D., y LEDDY, Mark, «The essential facilities doctrine and intellectual property rights: a response to Pitofsky, Patterson, and Hooks», *Anti-trust law journal*, vol. 70, issue 3, 2003, pp. 847-873.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto J. de, «La negativa de suministro como supuesto anti-trust (especial referencia al mercado de las especialidades farmacéuticas)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 224, 2003, pp. 53-63.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 CE (I) y (II)», *Gaceta jurídica*

- de la Unión Europea y de la competencia, núm. 223, 2003, pp. 3-10, y núm. 224, 2003, pp. 3-9.
- McCURDY, Gregory V. S., «Intellectual property and competition: does the essential facilities doctrine shed any new light?», *European intellectual property review*, vol. 25, issue 10, 2003, pp. 472-480.
- MEGLIANI, Mauro, «Ispezioni domiciliari e normativa comunitaria antitrust: una prima riflessione», *Diritto del commercio internazionale*, 17.1, 2003, pp. 101-126.
- MEHTA, Kirtikumar; KJØLBYE, Lars, y RABASSA, Valérie, «La théorie de l'oligopole relève-t-elle de l'économie ou du droit?», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 468, 2003, pp. 304-309.
- MELI, Vincenzo, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, Giappichelli, 2003, 293 pp.
- MIDDLETON, Kirsty, *Cases and materials on UK and EC competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 530 pp.
- MISCHO, Jean, «Hoechst, Colas, Roquette: illustration d'une convergence», *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, 2003, pp. 137-145.
- MONTAG, Frank, y ROSENFELD, Andreas, «A solution to the problems?: Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 1, 2003, Heft 2, pp. 107-135.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Paradigmenwechsel im europäischen Kartellrecht?: ex ante-Kontrolle versus ex post-Kontrolle im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen», *Die Tschechische Republik und die Europäische Union*, 2003, pp. 65-77.
- NICODÈME, Éric, *Essai sur la notion d'extraterritorialité en droits américain et communautaire de la concurrence et des valeurs mobilières*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2002, 680 pp.
- NIEBEL, Rembert, «Das Kartellrecht der Markenlizenz unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Gemeinschaftsrechts», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 49, 2003, 4, pp. 482-490.
- NIGGEMANN, Peter, «Bußgeldpraxis nach deutschem und europäischem Kartellrecht», *Schwerpunkte des Kartellrechts*, 2001-2002, pp. 75-100.
- NORDEMANN, Wilhelm; NORDEMANN, Axel, y NORDEMANN, Jan Bernd, *Wettbewerb und Markenrecht*, 9 Aufl., Stand 30, November 2002, Baden-Baden, Nomos, 2003, 767 pp.
- ODRIOZOLA, Miguel, «La nueva normativa horizontal en perspectiva», *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 143-154.
- PALMIERI, Alessandro, «Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni «extravagantes» per un illecito inconsistente», *Il foro italiano*, anno CXXVIII, núm. 4, pt. I, 2003, col. 1122-1126.
- PAULIS, Emil, y GAUER, Céline, «La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 97, 2003, pp. 65-73.
- «Checks and balances in the EU antitrust enforcement system», *International antitrust law & policy 2002*, 2003, pp. 381-398.
- PÉREZ DEL SOL, Ana Belén, «Comentarios a la Sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorcio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 228, 2003, pp. 85-96.
- PIGNATARO, Laura, «La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 1, 2003, pp. 233-265.



- PONCIBÒ, Cristina, «Il consumatore e la violazione della normativa antitrust», *Rivista critica del diritto privato*, anno XXI, núm. 3, 2003, pp. 501-519.
- RENDA, Andrea, «L'ottimo fuggente: la saga di Microsoft e i dolori del vecchio antitrust», *Giurisprudenza commerciale*, 30.3, pt. II, 2003, pp. 422-439.
- RIEM, Fabrice, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002, 502 pp.
- RILEY, Alan J., «EC antitrust modernisation: the Commission does very nicely, thank you! Part one, Regulation 1 and the notification burden», *European competition law review*, vol. 24, issue 11, 2003, pp. 604-615.
- RINALDI, Raimondo, «Il regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza», *Diritto del commercio internazionale*, 17.1, 2003, pp. 143-168.
- ROMERO REY, Carlos, «El respeto a los derechos de defensa en los procedimientos del Derecho comunitario de la competencia: un análisis a la luz de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, asunto T-112/98, Mannes/Mannröhren-Werke AG/Comisión de las Comunidades Europeas», *Union Europea Aranzadi*, año XXX, núm. 5, 2003, pp. 11-14.
- SAGE, Ewelina D., «Series of film-licensing agreements and the application of Article 81 EC», *European competition law review*, vol. 24, issue 9, 2003, pp. 475-480.
- SALVADOR ROLDÁN, Rocío, «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 226, 2003, pp. 71-81.
- SCHOMMER, Tim, *Die «essential facility»-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht*, Schommer München, Utz, 2003, 291 pp.
- SCIAUDONE, Francesco, «Il sindacato del giudice amministrativo in materia antitrust: eventuali asimmetrie con gli orientamenti comunitari», *Il foro amministrativo*, TAR, vol. II, núm. 6, 2003, pp. 1963-1974.
- STILLFRIED, Georg, y STOCKENHUBER, Peter, «Vollzug des EG-Kartellrechts nach der neuen EG-Verfahrensverordnung, Nr. 1/2003», *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 30, 2003, Heft 2, pp. 45-54.
- SULLIVAN, E. Thomas, «Antitrust remedies in the US and EU: advancing a standard of proportionality», *The antitrust bulletin*, vol. XLVIII, núm. 2, 2003, pp. 377-425.
- SUPERTI, Valentina, «La nuova comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese», *Contratto e impresa. Europa*, anno VII, núm. 1, 2002, pp. 611-617.
- THALMANN, André, *La protection des réseaux de distribution contre le commerce parallèle: étude comparée des droits européen, français, anglais, allemand et suisse*, Genève, Droz, 2001, 487 pp.
- TRAVERS, Noel J., «Dawn raids, competition law and fundamental rights: the growing influence of European law», *Commercial law practitioner*, vol. 9, núm. 11, 2002, pp. 235-241.
- VESTERDORF, Bo, «A new model drafted by the Community courts?», *New developments in European State aid law*, 2003, pp. 13-21.
- VITTRUP, Mikkel, «Kollektiv dominans og regulering af oligopolistiske markeder», *Ugeskrift for retsvæsen*, núm. 5, 2003, pp. 55-63.
- VOGT, Stefan, «Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 2001 bis 2003», *Neue juristische Wochenschrift*, 56, 2003, Heft 46, pp. 3306-3315.

- WEITBRECHT, Andreas, «Das neue EG-Kartellverfahrensrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14, 2003, Heft 3, pp. 69-73.
- «Europäisches Kartellrecht 2002», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14, 2003, Heft 12, pp. 357-362.
- «Rechtsschutz in Wettbewerbssachen durch das Gericht erster Instanz», *Euro-  
parecht*, Beiheft 1, 2003, pp. 115-127.
- WEIZSÄCKER, Carl Christian von, «Abuse of dominant position and economic efficiency», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 1, 2003, Heft 1, pp. 58-72.

### C. RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Forum on Franchising, Covenants against competition in franchise agreements*, Peter J. KLARFELD (ed.), 2.<sup>a</sup> ed., Chicago, 2003, 499 pp.
- BASTIANON, Stefano, y NASCIMBENE, Bruno, «La nuova disciplina comunitaria in materia di distribuzione degli autoveicoli: regolamento di esenzione o regolamentazione settoriale?», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 1, 2003, pp. 90-99.
- BAUER, Michael, «Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Internetvertriebs in selektiven Vertriebssystemen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 49, 2003, 2, pp. 243-248.
- BERTIN, Renaud, «Analyse des conditions de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles: à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE núm. 1400/2002 du 31 juillet 2002», *Recueil Dalloz*, núm. 17, 2003, pp. 1150-1157.
- BIANCHI, Marco, «Un primo commento al nuovo regolamento auto», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 1, 2003, pp. 28-37.
- BORTOLOTTI, Fabio, «Distribuzione selettiva ed esclusiva nel regolamento 1400/2002: verso una nuova configurazione del concessionari di autoveicoli», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 1, 2003, pp. 71-89.
- BOURGEON, Christian, «Le règlement (CE) núm. 1400/2002: quel avenir pour les réseaux de marque automobiles?», *Gazette du Palais*, núms. 61-63, 2003, pp. 31-40.
- DAL PRA, Monica, «Riflessioni intorno alle definizioni di mercato rilevante nel settore degli autoveicoli ai fini dell'applicazione del nuovo regolamento auto», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 1, 2003, pp. 130-144.
- DI FRANCO, Leonardo, «Who will be in the driver's seat?: a proposito del nuovo Regolamento di esenzione in materia di distribuzione automobilistica», *Contratto e impresa. Europa*, anno VII, núm. 2, 2002, pp. 1245-1258.
- DROANDI, Alessandra, «La nuova disciplina comunitaria sulla distribuzione di autoveicoli: background e nuove prospettive aperte dal Regolamento CE 1400/2002», *Contratto e impresa. Europa*, anno VII, núm. 2, 2002, pp. 1231-1244.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime, y GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso, «El nuevo régimen comunitario sobre restricciones verticales: algunos aspectos jurídicos de interés», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 101-120.
- FRIGNANI, Aldo, «Obiettivi di penetrazione sul territorio e obiettivi di vendita pattuiti tra fornitori e distributori, alla luce del nuovo regolamento di esenzione di accordi verticali e pratiche nel settore automobilistico», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 1, 2003, pp. 145-162.

- GENTILE, Enrico, y ROSSI, Giuseppe, «Primi interrogativi sul nuovo Regolamento auto: un passo decisivo verso il mercato unico europeo dell'automobile?: riforma o controriforma della disciplina comunitaria delle restrizioni verticali?: soltanto un Regolamento settoriale o qualcosa di più di diverso?», *Contratto e impresa. Europa*, año VII, núm. 2, 2002, pp. 776-788.
- GERARD, Damien, «“Regulated competition” in the automobile distribution sector: a comparative analysis of the car distribution system in the us and the eu», *European competition law review*, vol. 24, issue 10, 2003, pp. 518-534.
- HARTE-BAVENDAMM, Henning, y KREUTZMANN, Alix, «Neue Entwicklungen in der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 49, 2003, 6, pp. 682-691.
- HONNEFELDER, Stephanie, *Gruppenfreistellungsverordnung für selektive Vertriebssysteme*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 353 pp.
- KURTH, Jutta Sabine, «Meistbegünstigungsklausel im Licht der Vertikal-GVO», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 1, pp. 28-37.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y BROKELMANN, Helmut, «El nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho de la competencia comunitario: el Reglamento (CE) núm. 2790/1999», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 69-99.
- MENGOZZI, Paolo, «Il regolamento 1400/2002 e le vie seguite dalla Commissione per la tutela della concorrenza nel settore delle automobili», *Contratto e impresa. Europa*, año VIII, núm. 1, 2003, pp. 1-14.
- OSTI, Cristoforo, «Nelle pieghe del regolamento sulla distribuzione automobilistica», *Contratto e impresa. Europa*, año VIII, núm. 1, 2003, pp. 38-51.
- PAPP, Pietro A., «La distribuzione autoveicoli: la sua evoluzione dagli albori ad oggi», *Contratto e impresa. Europa*, año VIII, núm. 1, 2003, pp. 52-70.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 241-300.
- RASTROLLO HORRILLO, M.<sup>a</sup> Ángeles, y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Pilar, «El mercado de servicios postventa del automóvil. Tendencias hacia un nuevo modelo de organización», *Boletín Económico ICE*, núm. 2.790, del 15 de diciembre de 2003 al 4 de enero de 2004, pp. 17-29.
- ROCCA, Gianfranco, «Novità e obiettivi del nuovo regolamento di esenzione per categoria nel settore degli autoveicoli», *Contratto e impresa. Europa*, año VIII, núm. 1, 2003, pp. 15-27.
- SCHULZ, Albrecht, «EG-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vertriebsbindungen: Interpretations-und Anwendungsprobleme», *Franchising im Wandel: Gedächtnisschrift für Walther Skaupy*, 2003, pp. 333-359.
- SCOGNAMIGLIO, Antonio, «Esiste una reale possibilità di scelta tra sistema esclusivo e sistema selettivo?: regolamento settoriale (CE) n. 1400/2002 della Commissione del 31 luglio 2002 relativo alla categoria degli accordi verticali nel settore automobilistico», *Contratto e impresa. Europa*, año VIII, núm. 1, 2003, pp. 163-167.
- SIRAGUSA, Mario, y MERLINO, Pietro, «Il campo di applicazione del nuovo regolamento auto: alcune osservazioni in tema di pezzi di ricambio e servizi di riparazione», *Contratto e impresa. Europa*, año VIII, núm. 1, 2003, pp. 119-129.
- VAN GINDERACHTER, Eric, «Le règlement 1400/2002 d'exemption par catégorie: une réforme audacieuse mais équilibrée des règles de concurrence applicable au secteur automobile», *Gazette du Palais*, núms. 61-63, 2003, pp. 5-12.

- VOGEL, Louis, «De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile», *Gazette du Palais*, núms. 61-63, 2003, pp. 13-30.
- XOUDIS, Julia, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence: droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique*, Zürich, Schulthess, Bruxelles, Bruylant, 2002, 439 pp.

#### D. ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

- ALBERTINI, Lorenzo, «Le violazioni antitrust davanti al giudice civile: tra cautela e merito, tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa», *Giurisprudenza commerciale*, 30.1, pt. II, 2003, pp. 60-98.
- BAUDENBACHER, Carl, «Judicialization of European competition policy», *International antitrust law & policy*, 2003, pp. 353-367.
- BELLAMY, Christopher, Sir, «Private enforcement in competition law», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2003, pp. 333-342.
- BENEYTO PÉREZ, José María (dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo (coord.), y OREJA AGUIRRE, Marcelino, *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Barcelona, Bosch, 2002, 501 pp.
- BÖGE, Ulf, «Das Netzwerk der EU-Wettbewerbsbehörden nimmt Gestalt an: Anforderungen an das Bundeskartellamt und Änderungsbedarf im deutschen Kartellrecht», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 14, 2003, Heft 10, pp. 441-445.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CANEDO ARRILLAGA, María Pilar, «Libre competencia y descentralización», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 5, 2003, pp. 5-45.
- CHIEPPA, Roberto, «Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza», *Il Consiglio di Stato*, anno LIV, núms. 5-6, pt. II, 2003, pp. 1121-1129.
- COOKE, John, «Centralised subsidiarity: the reform of competition law enforcement», *Irish journal of European law*, vol. 10, núm. 1, 2001, pp. 4-21.
- CROZALS, Cyrille de, *Die Anwendung der Artikel 81 und 82 EGV durch die französischen Behörden und Gerichte*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, 169 pp.
- DREXL, Josef, «Comments on Harry First: decentralized antitrust enforcement and the evolution of an international common law of antitrust», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 53-61.
- FRANCH MENÉU, José Juan, «Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de las autoridades nacionales», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 275-285.
- HIRSCH, Günter, «Anwendung der Kartellverfahrensordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 1, 2003, Heft 3, pp. 233-254.
- JOCHUM, Heike, «Das Bundeskartellamt auf dem Weg nach Europa: verfassungs-, europarechtliche und organisationssoziologische Perspektiven des Organisationswandels selbständiger Bundesoberbehörden in Deutschland unter dem Einfluss der Europäischen Union am Beispiel des Bundeskartellamts», *Verwaltungsarchiv*, 94, 2003, Heft 4, pp. 512-542.
- LEVER, Jeremy, «Private antitrust enforcement in the European Community», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 225-242.

- MASTROIANNI, Roberto, «La tutela dei privati nel sistema italiano di applicazione “decentrata” del diritto comunitario della concorrenza», *Diritto comunitario e ordinamento nazionale*, 2003, pp. 145-161.
- MENÉNDEZ REXACH, Eduardo, «Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de los jueces», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 259-274.
- MENGOZZI, Paolo, «La giurisprudenza del Tribunale della Comunità europee in materia di concorrenza e l'applicazione da parte dei giudici nazionali del A. 765.326 regolamento del Consiglio n. 1/2003», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 1, 2003, pp. 210-232.
- MIRIBUNG, Georg, «Die Dezentralisierung des EG-Kartellrechts», *Ecolex*, 14, 2003, Heft 5, pp. 307-310.
- MONTI, Mario, «Cooperation between competition authorities: a vision for the future», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 69-82.
- NASCIMBENE, Bruno, y BASTIANON, Stefano, «La Corte di giustizia e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza», *Il corriere giuridico*, anno XX, núm. 11, 2003, pp. 1421-1426.
- RIVIÈRE MARTÍ, Juan Antonio, «Colaboración entre autoridades comunitarias y de terceros países en casos de competencia», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 437-452.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique, «Competencias añadidas a los Juzgados mercantiles en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Europea», *Diario La Ley*, núm. 5.920, año XXIV, 24 de diciembre de 2003, ref.º d-290.
- SAVY, Daniela, «La leale cooperazione nella disciplina antitrust e nel nuovo regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2003, pp. 913-924.
- SCIAUDONE, Francesco, «Il sindacato del giudice amministrativo in materia antitrust: eventuali asimmetrie con gli orientamenti comunitari», *Il foro amministrativo*, TAR, vol. II, 2003, 6, pp. 1963-1974.
- STARK, Charles S., «Improving bilateral antitrust cooperation», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 83-91.
- ULLRICH, Hanns, «Competitor cooperation and the evolution of competition law: issues for research in a perspective of globalization», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 159-223.
- WILS, Wouter P.P. J., «Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?», *World competition*, vol. 26, núm. 3, 2003, pp. 473-488.

## E. CONTROL DE CONCENTRACIONES

- ALFTER, Mette, «Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle: SLC-Test versus Marktbeherrschende Stellung: eine Frage der Semantik?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 1, pp. 20-28.
- ANDREWS, Philip, «“Full function” joint ventures under EC and Irish merger rules», *Commercial law practitioner*, vol. 10, núm. 1, 2003, pp. 3-9.
- BAILEY, David, «Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective», *Common market law review*, vol. 40, núm. 4, 2003, pp. 845-888.
- BARTOSCH, Andreas, «The application of both the EC Merger Control Regulation and Regulation núm. 17 in the markets for audiovisual media, telecommunications, and Internet-related services», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 225-307.

- BASEDOW, Jürgen, «Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle: zum Verhältnis des Paragr. 42 GWB zu den Art. 81 und 82 EG», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14, 2003, Heft 2, pp. 44-50.
- BERG, Werner, «Zusagen in der europäischen Fusionskontrolle», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14, 2003, Heft 12, pp. 362-367.
- BERG, Werner; NACHTSHEIM, Sabine, y KRONBERGER, Sylvia, «Zusammenschlüsse zwischen multinationalen Unternehmen und Fusionskontrolle», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 49, 2003, Heft 1, pp. 15-23.
- BERG, Werner, y OSTENDORF, Patrick, «The reform of EC merger control: substance and impact of the proposed new procedural rules», *European competition law review*, vol. 24, issue 11, 2003, pp. 594-603.
- BERGQVIST, Christian, «The concept of an autonomous economic entity», *European competition law review*, vol. 24, issue 10, 2003, pp. 498-503.
- BERNITZ, Ulf, y GUTU, Irina, «The effect of EU merger policy on large multinationals based in Sweden and other smaller EU Member States: is the policy discriminatory», *European competition law review*, vol. 24, issue 1, 2003, pp. 19-29.
- BORRELL, Joan Ramon, y COSTAS, Antón, «La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso Airtours/First Choice», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 203-220.
- BÖTTCHER, Lars, y KRÖMKER, Michael, «Das Risiko von Pflichtangeboten nach wPÜG bei fusionskontrollrechtlicher Anmeldepflicht», *Der Betrieb*, 56, 2003, Heft 34, pp. 1831-1833.
- BREI, Gerald, «Das Grünbuch zur europäischen Fusionskontrollverordnung», *Schwerpunkte des Kartellrechts 2001. 2002*, pp. 101-109, *fiw-Schriftenreihe*; Heft 186.
- «Begräbnis erster Klasse für die Fusionskontrolle konglomerater Zusammenschlüsse: kritische Anmerkungen zum Urteil des EuG im Fall Tetra v. Kommission», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 6, pp. 585-598.
- BRIGHT, Christopher, y PERSSON, Mikael, «Article 22 of the EC merger regulation: an opportunity not to be missed?», *European competition law review*, vol. 24, issue 10, 2003, pp. 490-497.
- BROBERG, Morten PP., *The European Commission's jurisdiction to scrutinise mergers*, 2.<sup>a</sup> ed., The Hague, Kluwer Law International, 2003, 446 pp.
- CAFFARRA, Cristina, y COSCELLI, Andrea, «Merger to monopoly: NewsCorp/Telepiù», *European competition law review*, vol. 24, issue 11, 2003, pp. 625-627.
- CALVIÑO, Nadia, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 67-92.
- CANTOS BAQUEDANO, Francisco, y TRUJILLO RODRÍGUEZ, Natalia, «Los compromisos y condiciones en el procedimiento de control de concentraciones comunitario», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 157-188.
- DASSER, Felix J., «Gerichtsstand und anwendbares Recht unter dem Fusionsgesetz», *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser*, zum 60. Geburtstag, 2003, pp. 659-671.
- DEUTSCHLAND, «Monopolkommission», *Netzettbewerb durch Regulierung: Hauptgutachten 2000/2001*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 590 pp.

- DRAUZ, Götz, «An efficiency defence for mergers: putting an intricate puzzle together», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 1, 2003, Heft 3, pp. 254-270.
- EHRICKE, Ulrich, «Reconciling the diverging approaches to exclusionary practices and concentration strategies in us and European competition law: comments on Eleanor Fox», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 113-127.
- FIEBIG, André R., «Ausnahmetatbestände für Auslandszusammenschlüsse nach US-Fusionskontrollrecht», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 49, Jahrg. 2003, Heft 9, pp. 649-655.
- FINGLETON, John, y NOLAN, Dermot, «Mind the gap: la riforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni», *Mercato concorrenza regole*, anno V, núm. 2, 2003, pp. 309-336.
- GENTILE, Enrico, y TAJANA, Alessandro, «Il dibattito comunitario sul Libro verde della Commissione sulla revisione del regolamento concentrazioni», *Contratto e impresa. Europa*, anno VII, núm. 1, 2002, pp. 618-639.
- GERBER, David J., «The European Commission's GE/Honeywell decision: US responses and their implications», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 1, 2003, Heft 1, pp. 87-95.
- HAHN, Andreas, *Oligopolitische Marktbeherrschung in der Europäischen Fusionskontrolle*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 367 pp.
- HINTEN-REED, Nils von, y CAMESASCA, Peter D., «European merger control: tougher, softer, clearer?», *European competition law review*, vol. 24, issue 9, 2003, pp. 458-462.
- HINTEN-REED, Nils von; CAMESASCA, Peter D., y SCHEDL, Michael, «Reform der europäischen Fusionskontrolle», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 49, 2003, Heft 5, pp. 321-326.
- HIRSBRUNNER, Simon, «Neue Entwicklungen der europäischen Fusionskontrolle», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14, 2003, Heft 23, pp. 709-712.
- HOFMANN, Herwig C. H., «Good governance in European merger control: due process and checks and balances under review», *European competition law review*, vol. 24, issue 3, 2003, pp. 114-131.
- HÖHN, Christine, «Kollektive Marktbeherrschung vor und nach der Airtours-Entscheidung des EuG», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 49, 2003, Heft 1, pp. 63-69.
- HOLLAND, Erin E., «Using merger review to cure prior conduct: the European Commission's GE/Honeywell decision», *Columbia law review*, vol. 103, núm. 1, 2003, pp. 74-110.
- HUMMEL, Konrad, y THEOBALD, Christian, «Fusionskontrolle beim Wechsel des Allgemeinen Strom-oder Gasversorgers», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 10, pp. 1021-1034.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, Juan y José M.<sup>a</sup>, «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», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 221-240.
- KIRCH, Pierre, y RACLET, Arnaud, «11 décembre 2001-11 décembre 2002: une année de réforme de la procédure communautaire de contrôle des concentrations», *Gazette du Palais*, 2003, doctrine, pp. 2073-2087.
- KOFLER-SENONER, Bernhard, y SCHOLZ, Stephan, «Reform der Europäischen Fusionskontrollverordnung: der Vorschlag der Kommission», *Österreichische Juristen-Zeitung*, 58, 2003, Heft 18, pp. 670-676.

- KORTH, Silke, *Verfahrensrecht in der europäischen Fusionskontrolle*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, 203 pp.
- LA SERRE, Éric de, y PEYRE, Johanne, «Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations: quelques perspectives ouvertes par les arrêts Schneider et Tetra Laval», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, núm. 3.
- LÉVÊQUE, François, y SHELANSKI, Howard, A. (eds.), *Merger remedies in American and European Union competition Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, E. Elgar Pub., 2003, 212 pp.
- LEYGONIE, Jean, y CONDOMINES, Aurélien, «La prise en considération des gains d'efficience dans le contrôle des concentrations», *Les petites affiches*, núm. 56, 2003, pp. 4-8.
- LOMBARDI, Giuseppe, «Riflessioni a margine di un'operazione di fusione: conflitto di interesse, rapporto di cambio, assemblee speciali e merger leveraged buy-out», *Il corriere giuridico*, núm. 2, 2003, pp. 208-219.
- LÓPEZ GÁLVEZ, Isabel, «Mecanismos de remisión entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 363-386.
- LÜCKENBACH, Andreas, *Nebenabreden nach europäischem Fusionskontrollrecht: domatische Grundlagen und Kommissionspraxis*, München, Beck, 2003, 234 pp.
- MACHADO BORGES, Conçalo, «The legitimate interests of Member States in EC merger law», *European public law*, vol. 9, issue 3, 2003, pp. 345-357.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo, «El control de las empresas en participación tras el Reglamento (CE) núm. 1310/97: tres años de aplicación del art. 2(4) del Reglamento (CE) de control de las operaciones de concentración», *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, 2002, pp. 189-233.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «La reforma del Reglamento comunitario de concentraciones», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 224, 2003, pp. 3-11.
- MEINHARDT, Marcel, «Sanierung und Fusionskontrolle: ausgewählte Fragen zur Fusionskontrolle bei Sanierungstatbeständen», *Mergers & acquisitions*, 2003, V, pp. 113-143.
- MONTAG, Frank, y WOLFSGRUBER, Maria, «Neueste Entwicklungen in der europäischen Fusionskontrolle», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2003, pp. 289-327.
- NEVELING, Kirsten, *Die sachliche Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle im deutschen und europäischen Recht*, Tübingen, Medien-Verlag Köhler, 2003, 252 pp.
- NUCARA, Alessandro, «Schneider/Legrand and Tetra Laval/Sidel: fast track towards merger reform?», *European business law review*, vol. 14, núm. 2, 2003, pp. 193-200.
- OJALA, Marjo, y LARSSON, Rolf, «Nordic views on merger control», *European competition law review*, vol. 24, issue 3, 2003, pp. 136-140.
- PERRINO, Michele, «La riforma della disciplina delle fusioni di società», *Rivista delle società*, anno 48, fascicolo 2-3, 2003, pp. 507-538.
- PIGNATARO, Laura, «La comunicazione della Commissione in materia di impegni nel quadro del regolamento sul controllo delle concentrazioni», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 1, 2002, pp. 585-610.
- POLLICINO, Oreste, «Restrizioni accessorie alla concentrazione, revoca retroattiva di una decisione favorevole per le parti e principi generali del diritto comu-



- nitario: gli enfants terribles non risparmiano i ripensamenti (tardivi) della Commissione», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2003, pp. 437-445.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., y GUSTAFSSON, Magnus, «Partecipazione alle gare e regole di concorrenza», *Diritto del commercio internazionale*, núm. 16.4, 2002, pp. 805-824.
- RAFFAELLI, Enrico Adriano, «European Union competition policy subsequent to the Airtours case», *International antitrust law & policy*, 2002-2003, pp. 129-143.
- RISTELHUBER, Johannes, «Sanierende Unternehmensübertragung und Fusionskontrolle», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 24, 2003, Heft 9, pp. 378-383.
- SALERNO, Francesco, «Annullamenti a catena di decisión nel procedimento amministrativo comunitario di controllo sulle concentracion», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, issue 9, 2003, pp. 475-480.
- SERAFINI, Stefania, «Le operazioni di concentrazione nel settore del trasporto aereo e la prassi valutativa della Commissione europea», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 2002, pp. 1031-1068.
- SMIRNE, Paolo-Maria, «Antitrust e joint ventures: il punto sull'esperienza italiana e sul modello comunitario», *Giurisprudenza italiana*, núm. 6, 2003, pp. 1298-1304.
- SPINK, Paul M., y ONG, Chin-Aun, «Lessons in litigation: collective dominance and merger control: Airtours plc v. Commission of the European Communities», *The juridical review*, Part 2, 2003, pp. 163-184.
- TEMPLE LANG, John, «Two important Merger Regulation judgments: the implications of Schneider-Legrand and Tetra Laval-Sidel», *European law review*, vol. 28, núm. 2, 2003, pp. 259-272.
- THOUVENIN, Jean-Marc, «Concurrence (concentrations): après l'arrêt Airtours, trois nouveaux avertissements à la Commission», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 464, 2003, pp. 12-20.
- THYRI, Peter, «Flexibilisierung und Effizienzen: Entwicklungen in der Fusionskontrolle der Gemeinschaft», *Ecolex*, 14, 2003, Heft 8, pp. 603-607.
- TSCHÄNI, Rudolf, *Mergers & acquisitions*, Zürich, Schulthess, 2003, 232 pp.
- ULSHÖFER, Matthias, *Kontrollerwerb in der Fusionskontrolle: eine Untersuchung im europäischen, deutschen und us-amerikanischen Fusionskontrollrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 276 pp.
- VEELKEN, Winfried, «Drittsschutz in der Fusionskontrolle», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 49, 2003, 2, pp. 207-242.
- VERLOOP, Peter; LANDES, Valérie, y DUTILH, Nauta, *Merger control in Europe: EU, Member States and accession states*, en Peter VERLOOP, Valérie LANDES, 4.<sup>a</sup> ed., The Hague, Kluwer Law International, 2003, 431 pp.
- VOIGT, Stefan, y SCHMIDT, André, «Mehr Rechtssicherheit in der europäischen Fusionskontrolle?: der Entwurf der Europäischen Kommission über die Kontrolle horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 9, pp. 897-906.
- VÖLCKER, Sven B., «Never the twain shall meet: State aid considerations in EC merger control», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2003, pp. 531-542.
- «Das beschleunigte Verfahren in EU-Wettbewerbssachen: effektiver Rechtsschutz in der Fusionskontrolle?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 53, 2003, Heft 1, pp. 6-15.
- WILSON, Joseph, *Globalization and the limits of national merger control laws*, New York, Kluwer Law International, 2003.

WIRTZ, Markus M., «Der Mitteilungsentwurf der Kommission zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse: zur Reform der europäischen Fusionskontrolle», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 14, 2003, Heft 4, pp. 146-159.

#### F. AYUDAS PÚBLICAS

ANTONUCCI, Marco, «Gli aiuti di Stato ed il Regolamento delle Comunità europee 22 marzo 1999, n. 659», *Il Consiglio di Stato*, anno LIV, núm. 4, pt. II, 2003, pp. 826-829.

ARHOLD, Christoph, «Suspension orders in State aid cases», *New developments in European State aid law*, 2003, pp. 43-46.

ASBO BAISTROCCHI, Pablo, «Can the award of a public contract be deemed to constitute State aid?», *European competition law review*, vol. 24, issue 10, 2003, pp. 510-517.

BARTOSCH, Andreas, «State aid», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 163-224.

— «Clarification or confusion?: how to reconcile the ECJ's rulings in Altmark and Chronopost», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 3, 2003, pp. 375-386.

BENZONI, Laurent, «Les aides d'État et leur impact sur la concurrence dans les échanges entre les États membres», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 133, 2003, pp. 12-15.

BLUMANN, Claude, «Contrôle des aides d'État et droit des tiers», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 133, 2003, pp. 16-18.

BOVIS, Christopher, «Public procurement, State aid and public services: between symbiotic correlation and asymmetric geometry», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2003, pp. 553-567.

CAPANTINI, Massimo, «Servizi di interesse generale e aiuti di Stato: la relazione della ommissione al Consiglio europeo di Laeken e le prospettive giurisprudenziali e normative», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 2003, pp. 478-492.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y KEPPELNE, Jean-Paul, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2002», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 223, 2003, pp. 11-41.

COLAVECCHIO, Antonio, «Aiuti di Stato, ostacoli al commercio tra Stati membri ed esigenze di tutela dell'ambiente nella giurisprudenza comunitaria: a proposito della sentenza della Corte di giustizia nel caso "Preussenelektra"», *Il Consiglio di Stato*, anno LIV, núm. 4, pt. II, 2003, pp. 869-889.

COLSON, Jean-Louis, «La restitution des aides d'État», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 133, 2003, pp. 23-26.

DE FALCO, Vincenzo, «Gli aiuti di Stato illegittimi e il problema del recupero presso le imprese beneficiarie», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2003, pp. 1408-1412.

DORIGO, Stefano, «L'efficacia delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato secondo la Corte di cassazione: nuovi orizzonti nei rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale», *Rassegna tributaria*, 3, 2003, pp. 1099-1120.

ERHARDT, Kai, *Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen: das Verhältnis zwischen art. 87 und art. 86 EG*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 409 pp.

ERLBACHER, Friedrich, «Market economy investor test: some thoughts [sic] on recent developments», *New developments in European State aid law*, 2003, pp. 35-38.

- FOUQUET, Thierry, «Chronique des aides publiques: période récente: antérieure au 31/12/02», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 469, 2003, pp. 379-386.
- «Les critères spécifiques d'identification des aides d'État aux entreprises en difficulté», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 461, 2003, pp. 532-546.
- GAGNAIRE, François, «Politique régionale et politique de concurrence dans la Communauté européenne», *Les petites affiches*, núm. 78, 2003, pp. 8-15.
- GELLERMANN, Martin, «Verwaltungsvertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen Beihilfekontrolle und Verwaltungsverfahrenrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, Heft 8, pp. 481-488.
- HAKENBERG, Waltraud, y ERLBACHER, Friedrich, «State aid law in the European courts in 2001 and 2002», *European competition law review*, vol. 24, issue 9, 2003, pp. 431-448.
- «Die Rechtsprechung des EuGH und EuGef auf dem Gebiet der staatlichen Beihilfen in den Jahren 2001 und 2002», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003, Heft 5, pp. 201-216.
- HANCHER, Leigh, «Towards a new definition of a State aid under European law: is there a new concept of State aid emerging?», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 3, 2003, pp. 365-373.
- HEIDENHAIN, Martin H., y DONAT, Christoph von, *Handbuch des europäischen Beihilfenrechts*, Heidenhain; bearbeitet von Christoph von Donat ... [et al.], München, Beck, 2003, 1156 pp.
- HOFFER, Raoul, y EPLER, Alice, «Beihilfen und gemeinwirtschaftliche Leistungen», *Epler Ecolex*, 2003, Heft 7, pp. 566-568.
- JANSEN, Bela, *Vorgaben des europäischen Beihilferechts für das nationale Steuerrecht: zugleich ein Beitrag zur Identifikation steuerlicher Beihilfen im Sinne des art. 87 EGV*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 213 pp.
- JEANTET, Luca, «Legge Prodi: aiuto di Stato integrale ed effettivo ovvero parziale e potenziale?: il dibattito prosegue», *Giurisprudenza commerciale*, 30.3, pt. II, 2003, pp. 359-367.
- JENNERT, Carsten, «Staatliche Daseinsvorsorge zwischen Beihilferecht und Vergaberecht», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2003, 4, pp. 459-468.
- «Die Berücksichtigung des Empfängerhaltens im europäischen Beihilfenrecht», *Europarecht*, 2003, Heft 2, pp. 343-355.
- KLOSTERFELDE, Walter, «Acquisition of business that have benefited from State aid», *Festschrift für Winfried Tilmann*, 2003, pp. 675-692.
- KOENIG, Christian; BRAUN, Jens-Daniel, y PFROMM, René, «Beihilfenrechtliche Probleme des EG-Emissionsrechtehandels», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 2003, Heft 2, pp. 152-186.
- KOFLER, Georg, «Ist der gesetzliche Verzicht auf Vorsteuerberichtigung eine Beihilfe i.S. d. Art. 87 EG?», *Ecolex*, 2003, Heft 9, pp. 708-710.
- KREUSCHITZ, Viktor, «New developments in the application of the "market economy investor principle"», *New developments in European State aid law*, 2003, pp. 29-34.
- LAGEARD, Susanne, *Die staatlichen Beihilfen im europäischen Gemeinschaftsrecht: aktuelle Rechtsprechung des EuGH: Vortrag*, Wien, Dworak, 2003, 31 pp.
- LARICCIA, Matteo, «Sull'incompatibilità degli aiuti di Stato con il diritto comunitario», *Giustizia civile*, vol. LIII, pt. I, 2003, 2-3, pp. 271-275.
- LESGUILLONS, Henry M., «L'État actionnaire et le principe de l'investisseur privé = The State as shareholder and the private investor principle», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 4, 2003, pp. 363-382.

- LÓPEZ DÍAZ, Elvira, «Televisión: servicio público, financiación y libre competencia en la Unión Europea», *Diario La Ley*, núm. 5.734, 7 de marzo de 2003, ref.º d-56.
- LÜBBIG, Thomas, «L'application de l'article 87 du traité de Rome aux aides fiscales: un coup d'état communautaire?», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 465, 2003, pp. 124-128.
- LÜBBIG, Thomas, y MARTÍN-EHLERS, Andrés, *Beihilfenrecht der EU: das Recht der Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union*, München, Beck, 2003, 269 pp.
- LUJA, Raymond H. C., *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: a view on State aids, trade subsidies and direct taxation*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 301 pp.
- LUZZI CONTI, Stefania, *Il nuovo sistema di aiuti di Stato in agricoltura*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MACERA TIRAGALLO, Bernard-Frank, y FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda, «El nuevo régimen jurídico-comunitario de las ayudas estatales en favor del medio ambiente», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 219, 2003, pp. 75-84.
- MAGGI, Enrica, «La presenza della mano pubblica nel settore bancario tedesco alla luce del diritto comunitario in materia di aiuti di Stato», *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, 1, pp. 163-176.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio, y CARDERERA PELLEGRIN, Laura, «El control judicial de la aplicación de la normativa comunitaria de ayudas de Estado: análisis de precedentes jurisprudenciales recientes», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 223, 2003, pp. 9-19.
- MONTAG, Frank, y LEIBENATH, Christoph, «Finanzierung öffentlicher Unternehmen und EG-Beihilfenrecht», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003, Heft 9, pp. 402-409.
- MONTI, Mario, «New developments in European State aid law: proceedings of the Experts'», *Forum held in Brussels on 19 June 2003, The European State Aid Law Institute*, Berlin, Lexxion, 2003, pp. 7-11.
- NAVARRO VARONA, Eudurne, y SÁNCHEZ BRABEZO, Adrian, «La financiación estatal de los servicios públicos y su compatibilidad con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado», *Diario La Ley*, núm. 5.789, 27 de mayo de 2003, ref.º d-125.
- NICOLAIDES, Phedon, «Re-introducing the market in the "market economy investor" principle», *New developments in European State aid law*, 2003, pp. 39-41.
- «Regional State aid: an assessment of Community rules and national measures», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2003, pp. 543-551.
- NORDMANN, Matthias Johannes, *Die negative Konkurrentenklage im EG-Beihilfenrecht vor europäischen und deutschen Gerichten*, Köln, Heymann, 2002, 264 pp.
- NOWAK, Carsten, «Advertising and the promotion of regional products at the borderline between State aid law and agricultural policy», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2003, pp. 579-591.
- ORLANDI, Mauricio, «Effetto diretto della normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato e legge n. 98 del 1979: un rapporto compresso, due pronunce discutibili», *Giurisprudenza di merito*, vol. XXV, pt. I, 2003, 4, pp. 667-681.
- PORCHIA, Ornella, «La giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti pubblici alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2003, pp. 1393-1400.
- RIZZA BAJARDO, Giulio Cesare, «The financial assistance granted by Member States to undertakings entrusted with the operation of a service of general economic interest: the implications of the forthcoming Altmark judgment

- for future State aid control policy», *The Columbia journal of European law*, vol. 9, núm. 3, 2003, pp. 429-446.
- RODRÍGUEZ CURIEL, José-Wenceslao, «El juez nacional en el sistema de control comunitario de las ayudas estatales», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 226, 2003, pp. 49-59.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, «Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del caso Scott», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 226, 2003, pp. 60-70.
- *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 2002, 629 pp.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio y M.<sup>a</sup> Jesús, «Ayudas fiscales y libre competencia: a propósito de algunos casos de reciente actualidad», *Diario La Ley*, núm. 5.818, 7 de julio de 2003, ref.<sup>o</sup> d-160.
- ROZET, Gérard, «La notion d'aide d'État en question: un débat suscité par le financement public des services d'intérêt économique général», *Gazette du Palais*, 2003, doctrine, pp. 2088-2101.
- SÁNCHEZ RYDELSKI, Michael, *Handbuch EU-Beihilferecht*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 559 pp.
- SANTAMATO, Sandro, y WESTERHOF, Jan Gerrit, «Is funding of infrastructure State aid?», *Gerrit Westerhof Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, Heft 21, pp. 645-648.
- SCHROEDER, Werner, «Privatisierungen und Ausgliederungen im Lichte des EG-Beihilfenrechts», *Europarecht im Wandel*, 2003, pp. 141-163.
- SCHÜTTERLE, Peter, «Pre-accession State aid after accession: excluding Cyprus and Malta», *New developments in European State aid law*, 2003, pp. 23-28.
- «Zur Bestandskraft von Beihilfengenehmigungen der mittelund osteuropäischen Beitrittsländer nach der Erweiterung der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003, Heft 10, pp. 452-459.
- SOLTÉSZ, Ulrich, «Mehr Rechtsschutz für Beihilfenempfänger: selbständige Anfechtung der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003, Heft 4, pp. 167-172.
- STRUYS, Michel L., y ABBOTT, Henry, «The role of national courts in State aid litigation», *European law review*, vol. 28, núm. 2, 2003, pp. 172-189.
- TÖPFER, Frank-Rainer, y BUTLER, Janet Kerstin, «Der Erwerb subventionierter Unternehmen: Rechtsprobleme und Risiken», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, Heft 37, pp. 1677-1686.
- TRAVERS, Noel J., «Public service obligations and State aid: is all really clear after Altmark?», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 3, 2003, pp. 387-392.
- VESTERDORF, Bo, «Recent developments in the case law of the ECJ and the CFI in the field of competition law», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2003, pp. 115-141.
- VOGEL, Louis, «Les nouveaux critères de définition des aides d'État en droit de la concurrence», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 133, 2003, pp. 7-11.
- VÖLCKER, Sven B., «Never the twain shall meet: State aid considerations in EC merger control», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2003, pp. 531-542.
- WEITEMEYER, Birgit, «Der steuerliche Verlustausgleich im kommunalen Querverbund als Beihilfe nach art. 87 Abs. 1 EGV», *Steuer und Wirtschaft*, núm. 4, 2003, pp. 326-331.

- WISHLADE, Fiona G., *Regional state aid and competition policy*, The Hague-New York, Kluwer Law International, 2003.
- ZEISS, Christopher, «Das vergaberechtliche Bestbieterprinzip: Einfallstor des EG-Beihilfenrechts in das Vergabeverfahren», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003, Heft 3, pp. 114-121.
- ZÜHLKE, Susanne, «Durchgriffshaftung im europäischen Beihilferecht», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003, Heft 2, pp. 61-67.

## G. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

- ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, «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», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 399-412.
- ARANA GARCÍA, Estanislao, «El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: el progresivo camino hacia la liberalización del sector», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 216, 2003, pp. 9-22.
- ATTENDORN, Thorsten, «Der Wettbewerb um den Endkunden: Stand der Regulierung und neue Impulse für den Zugang zum Telefonkunden und Internetbenutzer», *Multimedia und Recht*, 2003, 9, pp. 574-582.
- BARTOSCH, Andreas, «Cable TV networks», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 799-818.
- «Essential facilities: the access to telecommunications infrastructures and intellectual property rights under Article 82 EC», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 129-161.
- «The liberalisation of European telecommunications and broadcasting markets: the road from monopolies to competition and universal service», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 71-127.
- BAUER, Michael, «Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Internetvertriebs in selektiven Vertriebssystemen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2003, 2, pp. 243-248.
- BAVASSO, Antonio F., *Communications in EU antitrust law: market power and public interest*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, 436 pp.
- BERMÚDEZ ODRIOZOLA, Luis, «La aplicación del Derecho de la competencia en el nuevo marco regulador europeo», *Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, 2003, núm. extraordinario 1, pp. 21-38.
- BÖGE, Ulf, y LANGE, Markus, «Die zukünftige Energiemarkt-Regulierung im Lichte der Erfahrungen und der europarechtlichen Vorgaben», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2003, Heft 9, pp. 870-880.
- BRAUN, Jens-Daniel, y CAPITO, Ralf, «The emergence of EC telecommunications law as a new self-standing field within Community law», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 51-69.
- «The Framework Directive», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 309-358.
- BÜDENBENDER, Ulrich; KÜHNE, Gunther, y BAUR, Jürgen F., *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Festschrift zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Jürgen Baur, Baden-Baden, Nomos, 2002, 717 pp.
- CASCALES MORENO, Fernando José, «El Derecho de la competencia interno y comunitario de aplicación al transporte terrestre», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 216, 2003, pp. 23-39.

- CHENG-JUI LU, Ángela, *International airline alliances: EC competition law, us anti-trust law and international air transport*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, 414 pp.
- CONTALDO, Alfonso, y MAROTTA, Luigi, «Illeciti penali nel settore delle telecomunicazioni anche alla luce della liberalizzazione comunitaria», *Giurisprudenza di merito*, 9, pt. IV, 2003, pp. 1865-1879.
- CUBERO MARCOS, José Antonio, «La obligación de interconexión en relación con el servicio universal de telecomunicaciones», *Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 17, 2003, pp. 153-184.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la, «La competencia entre plataformas como solución para el despliegue de la banda ancha en España», *Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. extraordinario 1, 2003, pp. 77-120.
- DE STREEL, Alexandre, «The integration of competition law principles in the new European regulatory framework for electronic communications», *World competition*, núm. 3, 2003, pp. 489-514.
- «The new concept of “significant market power” in electronic communications: the hybridisation of the sectoral regulation by competition law», *European competition law review*, issue 10, 2003, pp. 535-542.
- DREHER, Meinrad, «Langfristige Verträge marktbeherrschender und marktmächtiger Unternehmen im Energiebereich», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 2003, Heft 1, pp. 3-36.
- ECCHER, Bernhard, *Der Verbraucher im liberalisierten Elektrizitätsmarkt, Verbraucherschutz in Europa*, Festgabe für Heinrich Mayrhofer, 2002, pp. 65-81.
- ESCRIBANO SÁEZ, Álvaro; GONZÁLEZ GÓMEZ, Patricia, y LASHERAS SAN MARTÍN, Julio, «Regulación y análisis económico del servicio postal en España», *Revista de Economía*, núm. 808, 2003, pp. 161-188.
- ESPOSITO, Rubens, «Per una ricognizione della “rilevanza costituzionale” dei servizi pubblici radiotelevisivi nell’ordinamento comunitario», *Le regole europee per la comunicazione*, 2003, pp. 105-120.
- FAIÑA MEDÍN, J. Andrés; GARCÍA-LORENZO, Antonio, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Jesús, «La liberalización del mercado del gas», *Revista de Economía*, núm. 808, 2003, pp. 35-53.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda, «Reflexiones sobre la noción de red (su relevancia en la regulación de los servicios esenciales económicos en red)», *Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 18, 2003, pp. 11-34.
- GARILLI, Chiara, «Le intese di distribuzione esclusiva nel mercato cinematografico: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 3, 2003, pp. 279-287.
- GARRIDO PÉREZ, Alberto, «Transportistas y servicios postales ante la liberalización comunitaria», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 216, 2003, pp. 41-47.
- GAVIANO, Incola, «La decisione comunitaria sulla fondazioni bancarie: diritto della concorrenza ed enti non-profit», *Il diritto dell’Unione Europea*, 2003, 1, pp. 89-114.
- GEIGER, Andreas, y FREUND, Andrea, «Europäisches Liberalisierung des Wassermarktes», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14, 2003, Heft 16, pp. 490-493.
- GERADIN, Damien, *Controlling market power in telecommunications: antitrust vs sector-specific regulation*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003, 401 pp.

- GÉRARD, Philippe, «A single regulatory framework for all electronic communication networks and services: impact for broadcasting», *Digitale Breitband-Dienste in Europa = Digital broadband services in Europe*, 2003, pp. 15-30.
- GIORGANTONIO, Cristina, «Normativa antitrust e settore bancario: l'eccezione italiana», *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, n. 1, 2003, pp. 228-248.
- GLACHANT, Jean-Michel, y FINON, Dominique (eds.), *Competition in European electricity markets: a cross-country comparison*, Cheltenham (UK), Northampton, MA, Edward Elgar Pub., 2003, 367 pp.
- GROSSMAN, Peter Z., y COLE DANIEL, H. (eds.), *The end of a natural monopoly: deregulation and competition in the electric power industry*, Amsterdam-Boston, JAI, 2003, 243 pp.
- GUELAR, Facundo, «Comunicaciones electrónicas: un marco regulador europeo «competitivo»», *La Ley*, t. 1, D-19, 2003, pp. 1512-1516.
- GUÉRARD, Vincent, y TRÉVISANI, Vincent, «L'ouverture à la concurrence du marché français de l'électricité: une révolution en marche = The opening of the French electricity market to competition: a revolution is underway», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 2, 2003, pp. 123-156.
- GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio, «El fútbol, la televisión y... las normas de competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 301-326.
- HEERMANN, Peter, «Professionelle Sportligen auf der Flucht vor dem Kartellrecht: rechtsvergleichende Beobachtungen zum Umspielen unliebsamer Rechtsvorschriften», *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2003, Heft 1, pp. 106-139.
- HEINEMANN, Andreas, «Antitrust law and the Internet», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 131-154.
- HOLTKOTTE, Carolin, *Marken- und wettbewerbsrechtliche Probleme bei Suchmaschinen*, Berlin, Logos, 2003, 161 pp.
- HONSEL, Bernd, «Kartellrechtliche Probleme bei Finanzdienstleistungen», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2003, pp. 215-240.
- HORN, Norbert, «Regulierung und Wettbewerb am Beispiel des Strommarktes: eine Bestandsaufnahme», *Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Energiewirtschaftsrecht*, 2003, pp. 175-186.
- HUMMEL, Konrad, y THEOBALD, Christian, «Fusionskontrolle beim Wechsel des Allgemeinen Strom-oder Gasversorgers», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2003, Heft 10, pp. 1021-1034.
- HUNT, Lester C. (ed.), *Energy in a competitive market: essays in honour of Colin Robinson*, Northampton, MA, Edward Elgar Pub., 2003.
- IMMENGA, Ulrich, «Die Beurteilung von Mengenabsenkungsklauseln in Gaslieferungsverträgen nach europäischem Wettbewerbsrecht», *Das neue Energierecht in der Bewährung*, 2002, pp. 441-454.
- ITZEN, Uta, *Europäisierung des Wettbewerbsrechts durch den elektronischen Handel*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, 184 pp.
- JANISCH, Sonja, «Business opportunities on the Internet: is European Community competition law the limit?», *European competition law review*, vol. 24, issue 1, 2003, pp. 32-40.
- KENNEDY-LOEST, Ciara, y KELLY, Ruth, «The EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?», *Public procurement law review*, núm. 1, 2003, pp. 27-33.



- KIENINGER, Eva-Maria, «Rechtsentwicklung im Wettbewerb der Rechtsordnungen», *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, 2002, pp. 72-107.
- KLOTZ, Robert, «Wettbewerb in der Telekommunikation: brauchen wir die ex-ante-Regulierung noch?», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 2003, Heft 3, pp. 283-316.
- *Elektronische Kommunikation in Europa: Wettbewerb durch Regelung?: Referat im Rahmen der Vortragsreihe Rechtsfragen der europäischen Integration*, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2003, 43 pp.
- KOENIG, Christian; BRAUN, Jens-Daniel, y BARTOSCH, Andreas, *EC competition and telecommunications law*, en Christian KOENIG, Andreas BARTOSCH y Jens-Daniel BRAUN (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 2002, 900 pp.
- KOENIG, Christian, y HARATSCH, Andreas, «The licence-fee-based financing of public service broadcasting in Germany after the Altmark Trans judgment», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2003, pp. 569-578.
- KOENIG, Christian, y O'SULLIVAN, Denis, «Is “trusted computing” an antitrust problem?: Microsoft *et al.* under scrutiny», *European competition law review*, vol. 24, issue 9, 2003, pp. 449-457.
- KOENIG, Christian, y BRAUN, Jens-Daniel, «The international regulatory framework of EC telecommunications law: the law of the WTO and the ITU as a yardstick for EC law», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 1-49.
- KOENIG, Christian, y NEUMANN, Andreas, «Satellite communications», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 713-798.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «Concentraciones empresariales en Internet», *Régimen jurídico de Internet*, 2002, pp. 459-485.
- LENZ, Carl Otto, y NIEJAHN, Nina, «The European Court of Justice and European air transport law (continued). Part 1, The “open skies” judgements and the reaction of the Commission», *Droit européen des transports = European transport law*, núm. 2, 2003, pp. 157-166.
- «The European Court of Justice and European air transport law (continued). Part 2, The Council's decision and its implications», *Droit européen des transports = European transport law*, núm. 3, 2003, pp. 271-278.
- LIBERTINI, Mario, «Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 2002, pp. 910-930.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira, «Televisión: servicio público, financiación y libre competencia en la Unión Europea», *La Ley*, núm. 5.734, 2003, pp. 1-5.
- LUCIONI, Carlo, «Il diritto della concorrenza ed il sistema Eurovisione: sulla compatibilità dei diritti televisivi esclusivi con l'Antitrust», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2003, pp. 429-436.
- MAGRONE FURLOTTI, Livia, «La direttiva 2002/39/Ce sul registro universale postale: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 10, 2003, pp. 1082-1088.
- MARKERT, Kurt E., «Langfristige Energiebezugsbindungen als Kartellrechtsverstoß», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 3, 2003, pp. 356-370.
- «Treuerabatte und “predatory selling” in der Strom-und Gasversorgung aus kartellrechtlicher Sicht», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 11, 2003, pp. 1320-1327.
- MAZZANTINI, Gabriele, «Le competenze dell'antitrust in materia di compravendita dei calciatori», *Contratto e impresa. Europa*, núm. 1, 2003, pp. 574-588.

- MONTERO, Juan J., «L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni antitrust v. regolazione?», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 2003, pp. 427-444.
- «Los servicios postales: otra industria en red en proceso de liberalización», *Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 16, 2003, pp. 111-130.
- MORANI, Giovanni, «Illeciti penali nel settore delle telecomunicazioni anche alla luce della liberalizzazione comunitaria», *Giurisprudenza di merito*, 7-8, pt. IV, 2003, pp. 1571-1615.
- NASCIMBENE, Bruno, «Concorrenza e libera prestazione dei servizi nella regolamentazione dei sistemi aeroportuali e della ripartizione di traffico», *Giurisprudenza commerciale*, 30.2, pt. I, 2003, pp. 197-215.
- NEUMANN, Andreas, «The European regulatory framework for standardisation in the telecommunications sector», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 617-690.
- NICOLAIDES, Phedon, «Compensation for public service obligations: the floodgates of State aid?», *European competition law review*, vol. 24, issue 11, 2003, pp. 561-573.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «La liberalización y el servicio público del transporte por carretera en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 216, 2003, pp. 75-92.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, «Autorizaciones de comercialización y comercio paralelo de medicamentos», *Diario La Ley*, núm. 5.813, 2003, ref.º d-154.
- PATEIRO RODRÍGUEZ, Carlos, «El proceso y el modelo liberalizador del sector postal en la Unión Europea. referencia al caso de España», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 141-160.
- PATERSON, Iain; FINK, Marcel, y OGUS, Anthony I., «Institut für Höhere Studien», *Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States: regulation of professional services*, Institut für Höhere Studien (IHS), 2003, 128 pp., <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/index.html>.
- PÜTTNER, Günter, *Europäische Liberalisierung der Elektrizitätswirtschaft, Die Tschechische Republik und die Europäische Union*, 2003, pp. 179-187.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, María Luisa, y MONTERO, Juan J., «Internet y la regulación de la libre competencia», *Régimen jurídico de Internet*, 2002, pp. 445-458.
- SCASELLATI-SFORZOLINI, Giuseppe, y RIZZA BAJARDO, Giulio Cesare, «La tensione fra regole di concorrenza comunitarie e regole professionali e deontologiche nazionali», *Giurisprudenza commerciale*, 30.1, pt. II, 2003, pp. 8-40.
- SCHANDA, Reinhard, y KÜHSCHELM, Sabine, «Verkehrsdienstleistungen zwischen Wettbewerb und Daseinsvorsorge», *Ecolex*, 2003, Heft 5, pp. 376-380.
- SCHMAHL, Stefanie, *La libéralisation du marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté: une raison pour négliger les droits fondamentaux des entreprises traditionnelles?*, 2003, 10 pp.
- SCHMITT, Stefan, *Wettbewerb und Effizienz im Luftverkehr*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 280 pp.
- SCHOLZ, Ulrich, «Die Bewertung ausschließlicher Strombezugspflichten nach europäischem Kartellrecht», *Das neue Energierecht in der Bewährung*, 2002, pp. 549-565.
- SLOT, Pieter Jan, «Applying the competition rules in the healthcare sector», *European competition law review*, vol. 24, issue 11, 2003, pp. 580-593.

- SØRENSEN, Frederik; WEERT, Wilko van, y CHENG-JUI LU, Ángela, «ECJ ruling on open skies agreements v. future international air transport», *Air and space law*, núm. 1, 2003, pp. 3-18.
- STABILINI, Alessandra, «Sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale e diritto antitrust: analisi della giurisprudenza recente e spunti di riflessione», *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, t. II, 2002, pp. 1059-1101.
- STOCKMANN, Kurt, «Die Integration von Vergaberecht und Kartellrecht», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 2003, Heft 1, pp. 37-57.
- TICOZZI, Marco, «Il compenso del professionista intellettuale: autonomia contrattuale tra tariffe inderogabili e disciplina comunitaria antitrust», *Contratto e impresa*, núm. 2, 2003, pp. 735-771.
- UNGERER, Herbert, «Access issues under EU regulation and antitrust law: the case of telecommunications and Internet markets», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 107-141.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, «El acceso de terceros a red en el sector del gas en España», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 225, 2003, pp. 69-87.
- VETRÒ, Francesco, «La regolazione pubblica del mercato elettrico: sull'ordine giuridico del mercato libero dell'energia elettrica», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núms. 3-4, 2003, pp. 811-848.
- VOGELSANG, Ingo, «“Workable competition” in telecommunications markets: the example of Germany», *Computer and telecommunications law review*, vol. 9, issue 3, 2003, pp. 68-75.
- «Wettbewerb im Internetzugangsmarkt: ökonomische Alternativen vor dem Hintergrund amerikanischer Erfahrungen», *Multimedia und Recht*, 3, Beilage, 2003, pp. 6-17.
- ZELLHOFFER, Georg, *Der Wettbewerb auf den europäischen Schienenverkehrsmärkten: eine Analyse der Liberalisierungsrichtlinien und der wettbewerbsrechtlichen Entscheidungspraxis der EG im Schienenverkehr*, Wien, NWV, 2003, 302 pp.
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, «Il “servizio pubblico televisivo” nel nuovo quadro normativo comunitario», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 1, pp. 1-20.

## H. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- ANTONUCCI, Marco, «I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di Stato», *Il Consiglio di Stato*, núms. 7-8, pt. II, 2003, pp. 1356-1364.
- BARTOSCH, Andreas, «The liberalisation of European telecommunications and broadcasting markets: the road from monopolies to competition and universal service», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 71-127.
- BOVIS, Christopher, «Public procurement, State aid and public services: between symbiotic correlation and asymmetric geometry», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2003, pp. 553-567.
- BUNTE, Klaus, y HEINTZ, Dominique, «Zugang zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen: Paragr. 19 Abs. 4 Ziffer 4 GWB im Lichte der französischen Rechtsprechung zum kartellrechtlichen Begriff der “facilités essentielles”», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2003, Heft 6, pp. 598-610.
- CABRERA DE LA IGLESIA, Jesús, y GARCÍA ZABALLOS, Antonio, «Regulación del coste neto del servicio universal: realidad actual y planteamientos para el futuro», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 105-124.

- CAPANTINI, Massimo, «Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento: la soluzione dei fondi di compensazione», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 1, 2003, pp. 99-144.
- «Servizi di interesse generale e aiuti di Stato: la relazione della ommissione al Consiglio europeo di Laeken e le prospettive giurisprudenziali e normative», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 2003, pp. 478-492.
- CARTEI, Gian Franco, «Servizio pubblico ed influenza comunitaria: profili evolutivi», *Diritto comunitario e ordinamento nazionale*, 2003, pp. 81-115.
- *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002, 390 pp.
- CHIEFFI, Ilaria, «Compatibilità di misure statali di intervento sui mercati con la disciplina comunitaria della concorrenza», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 2, 2003, pp. 385-426.
- CLARICH, Marcello, «Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2003, pp. 91-125.
- COLOMBARI, Stefano, «La gestione dei servizi pubblici locali: nuove norme e problematiche antiche», *Il foro amministrativo*, vol. II, núm. 5, 2003, pp. 1594-1610.
- DE FALCO, Vincenzo, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, CEDAM, 2003, 283 pp.
- DELGADO, Marta, y ESCRIBANO, Blanca, «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», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 429-450.
- ECKERT, Gabriel, «L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché», *Gouverner, administrer, juger: liber amicorum Jean Waline*, 2002, pp. 207-221.
- ESPOSITO, Rubens, «Per una ricognizione della "rilevanza costituzionale" dei servizi pubblici radiotelevisivi nell'ordinamento comunitario», *Le regole europee per la comunicazione*, 2003, pp. 105-120.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, José Manuel, y ONRUBIA FERNÁNDEZ, Jorge, «Información, evaluación y competencia al servicio de una gestión eficiente de los servicios públicos», *Papeles de economía española*, núm. 95, 2003, pp. 2-23.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., «Servicio público, liberalización y derecho de la competencia», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 216, 2003, pp. 49-51.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, «Las transformaciones del servicio público», *Actualidad Administrativa (La Ley)*, núm. 39, 2003, pp. 931-957.
- HULSINK, Wim, y WUBBEN, Emiel (eds.), *On creating competition and strategic restructuring: regulatory reform in public utilities*, Northampton, Mass., Edward Elgar Pub., 2003.
- IACOVONE, Giovanna, «Tecnica, politica e (in)effettività della tutela dell'utente di servizi di pubblica utilità», *Il foro amministrativo*, C.d.S., vol. II, 6, 2003, pp. 2085-2098.
- KELLER, Benno, *Competition and regulation in telecommunications: theory and application to Switzerland*, Bern-New York, Peter Lang, 2003, 248 pp.
- KLUTH, Winfried, «Der Staat als Unternehmer: ein wirkungsvolles Instrument der Wirtschaftspolitik?: europa-und verfassungsrechtliche Bedingungen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit», *Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht*, 2002, pp. 9-37.
- KOENIG, Christian, y HARATSCH, Andreas, «The licence-fee-based financing of public service broadcasting in Germany after the Altmark Trans judgment», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2003, pp. 569-578.

- KOENIG, Christian, y NEUMANN, Andreas, «The European regulatory framework for the administration of scarce and finite resources», *EC competition and telecommunications law*, 2002, pp. 511-615.
- LAGET-ANNAMAYER, Aurore, *La régulation des services publics en réseaux: télécommunications et électricité*, Bruxelles-Bruylant-Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, 546 pp.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira, «Televisión: servicio público, financiación y libre competencia en la Unión Europea», *La Ley*, núm. 5.734, 2003, pp. 1-5.
- MANUNZA, Elisabetta R., «Privatised services and the concept of “bodies governed by public law”», in *EC directives on public procurement*, *European law review*, vol. 28, núm. 2, 2003, pp. 273-282.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Service public und europäischer Binnenmarkt», *Juristenzeitung*, núm. 21, 2003, pp. 1021-1027.
- MUSSELLI, Luciano, «Applicabilità dei principi concorrenziali e regime di convenzionamento tra pubblica amministrazione ed enti non profit: il caso dell'affidamento del servizio di trasporto malati da parte di un'azienda ospedaliera», *Il foro amministrativo*, TAR, vol. II, I, 2003, pp. 85-99.
- NICOLAIDES, Phedon, «Compensation for public service obligations: the floodgates of State aid?», *European competition law review*, vol. 24, issue 11, 2003, pp. 561-573.
- NOZICK, Robert S., *The 2004 annotated Competition Act*, Toronto, Carswell, 2003, 748 pp.
- PHILIP, Christian, *Services d'intérêt général: observations et propositions: réponse au Livre vert de la Commission*, Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, 2003, 45 pp.
- PORCHIA, Ornella, «Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale», *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 4, 2002, pp. 633-651.
- POSCHMANN, Thomas, «Konkurrenzschutz Privater gegen öffentliche Unternehmen: Möglichkeiten zur Aktivierung des Wettbewerbsrechts», *Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht*, 2002, pp. 63-95.
- QUIETI, Angelo, y ZUCCHETTI, Alberto, «Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali: le gare per i servizi pubblici locali sono proprio imposte dalla vigente normativa CE?», *Il foro amministrativo*, C.d.S., vol. II, núm. 2, 2003, pp. 789-805.
- RANGONE, Nicoletta, «Continuità, trasparenza e regolazione del servizio universale: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 10, 2003, pp. 1089-1094.
- RIZZA BAJARDO, Giulio Cesare, «The financial assistance granted by Member States to undertakings entrusted with the operation of a service of general economic interest: the implications of the forthcoming Altmark judgment for future State aid control policy», *The Columbia journal of European law*, vol. 9, núm. 3, 2003, pp. 429-446.
- ROBINSON, Colin (ed.), *Beesley Lectures on Regulation (11th: 2001), Competition and regulation in utility markets*, Cheltenham, Glos. (UK), Northampton (MA), Edward Elgar, 2003, 246 pp.
- RODRIGUES, Stéphane, «Vers une loi européenne des services publics: de brèves considérations et une proposition à propos de l'article III-6 du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 471, 2003, pp. 503-512.
- ROJANSKI, V., «L'Union européenne et les services d'intérêt général», *Revue du droit de l'Union européenne*, núm. 4, 2002, pp. 735-773.

- ROZET, Gérard, «La notion d'aide d'État en question: un débat suscité par le financement public des services d'intérêt économique général», *Gazette du Palais*, 2003, doctrine, pp. 2088-2101.
- SCHMIDT, Reiner, «La liberalizzazione dei servizi di interesse generale», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3, 2003, pp. 687-709.
- TRAVERS, Noel J., «Public service obligations and State aid: is all really clear after Altmark?», *European state aid law quarterly*, vol. 2, núm. 3, 2003, pp. 387-392.
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, «Il "servizio pubblico televisivo" nel nuovo quadro normativo comunitario», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 1, 2003, pp. 1-20.

### 3. OTROS SISTEMAS

- AAVV, *Inside the minds: the art & science of antitrust: leading lawyers on competition, litigation and globalization*, 1.<sup>a</sup> ed., Boston (MA), Aspatore Books, 2003.
- «Developments in national competition laws in Europe: (January 1-March 31, 2003)», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2003, Heft 6, pp. 617-624.
- ABA, *Forum on international competition law: hands on in antitrust heaven: current global issues and dilemmas forum*, February 6-7, 2003, New York, NY/American Bar Association, Section of Antitrust Law, New York (NY), ABA Section of Antitrust Law, 2003.
- AKBAR, Yusaf H., *Global antitrust: trade and competition linkages*, Aldershot, Hants, England; Burlington (VT), Ashgate Pub., 2003. 175 pp.
- BALDASSARRI, Mario, y LAMBERTINI, Luca (eds.), *Antitrust, regulation, and competition*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York, Palgrave MacMillan, 2003, 294 pp.
- BASEDOW, Jürgen (ed.), *Economic regulation and competition: regulation of services in the EU, Germany, and Japan*, The Hague, New York, Kluwer Law International, 2003.
- *Limits and control of competition with a view to international harmonization*, Boston, Mass., Kluwer Law International, 2003.
- BERRUTI, Giuseppe Maria, *La concorrenza sleale nel mercato: giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Milano, Giuffrè, 2002, 190 pp.
- BISCHOFF-EVERDING, Peter, *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 377 pp.
- BONI, Stefano, «La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto», *Il diritto dell'Unione Europea*, 1, 2003, pp. 45-87.
- BOVET, Christian, «Swiss competition law 2001-2002», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = Revue suisse de droit des affaires = Swiss review of business law*, núm. 2, 2003, pp. 96-101.
- BRAKMAN, Steven, y HEIJDRÁ, Ben J. (eds.), *The monopolistic competition revolution in retrospect*, New York, Cambridge University Press, 2003.
- BRANCACCIO, Laura, «La legittimazione ad agire del terzo concorrente nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: il caso Eridania», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2003, pp. 1401-1407.
- BRANDT, Claudia, *Die Angleichung des polnischen und tschechischen Kartellrechts an das Recht*, Dresden, Thelem, 2003, 228 pp.

- BRUNEKREEFT, Gert, *Regulation and competition policy in the electricity market: economic analysis and German experience*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 260 pp.
- BUNTE, Hermann-Josef, *Kartellrecht*, München, Beck, 2003, 478 pp.
- CEFREY, Holly, *The Sherman Antitrust Act: getting big business under control*, New York, Rosen Pub. Group, 2004, 32 pp.
- CUERVO GARCÍA, Alvaro, y SANDULLI, Francesco D., «Creación empresarial y dominio de mercado: el caso del Departamento de Justicia de los Estados Unidos contra Microsoft», *Revista de Economía*, núm. 808, julio de 2003, pp. 217-234.
- DABBAH, Maher M., *The Internationalisation of antitrust policy*, Cambridge, UK; New York, Cambridge University Press, 2003.
- DISNER, Eliot G., *Antitrust law for business lawyers: questions, answers, law, and commentary*, 2.<sup>a</sup> ed., Philadelphia, PA, American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education, 2003, 260 pp.
- DREXL, Josef, «Do we need "courage" for international antitrust law?: choosing between supranational and international law principles of enforcement», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 311-341.
- «Comments on Harry First: decentralized antitrust enforcement and the evolution of an international common law of antitrust», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 53-61.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, y EHRING, Lothar, «WTO dispute settlement and competition law: views from the perspective of the appellate body's experience», *Fordham international law journal*, vol. 26, núm. 6, 2003, pp. 1505-1561.
- EWING, Ky pp., Jr., *Competition rules for the 21st century: principles from America's experience*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, 456 pp.
- FIRST, Harry, «Evolving toward what?: the development of international antitrust», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 23-51.
- GARILLI, Chiara, «Funzione, presupposti e contenuto dei provvedimenti d'urgenza in materia antitrust», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, núm. 6, 2002, pp. 855-871.
- GRIMES, Warren S., «The Microsoft litigation and federalism in US antitrust enforcement: implications for international competition law», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 237-258.
- GUSTAFSSON, Anders, *Competing in a service economy: how to create a competitive advantage through service development and innovation*, 1.<sup>a</sup> ed., San Francisco, Jossey-Bass, 2003, 190 pp.
- HELLNER, Michael, «Private international enforcement of competition law: the application of foreign competition law», *Yearbook of private international law*, vol. IV, 2002, pp. 257-301.
- HENDERSON, Gerard Carl, *The Federal Trade Commission: a study in administrative law and procedure*, Clark, N. J., Lawbook Exchange, 2003, 382 pp.
- HOEKMAN, Bernard M., y MAVROIDIS, Petros C., «Economic development, competition policy and the World Trade Organization», *Journal of world trade*, vol. 37, núm. 1, 2003, pp. 1-27.
- HOEKMAN, Bernard M., y KEE, Hiau Looi, *Imports, entry, and competition law as market disciplines* [electronic resource], Washington (DC), World Bank [2003], Electronic File Info.: <http://econ.worldbank.org/view.php?type=5&id=25838>.
- HUBBARD, Robert (ed.), *State antitrust enforcement handbook*, Chicago, IL, American Bar Association, 2003, 368 pp.
- HYLTON, Keith N., *Antitrust law: economic theory and common law evolution*, Cambridge, UK; New York, Cambridge University Press, 2003, 413 pp.

- IDOT, Laurence, «Restrains of competition as an issue of international trade law: concentration and co-operation cases», *The future of transnational anti-trust*, 2003, pp. 63-80.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Desarrollo de capacidades y asistencia técnica: Creación de autoridades de competencia creíbles en economías en vías de desarrollo y en transición*, Informe elaborado por el Grupo de trabajo de la RIC «Desarrollo de capacidades y aplicación de la política de competencia», II Conferencia anual de la RIC, Mérida, México, 23-25 de junio de 2003, UE, Comisión Europea, [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/Final%20Report\\_16June2003.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/Final%20Report_16June2003.pdf).
- ITODA, Shogo, «Competition policy of Japan and its global implementation», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 61-68.
- JENNY, Frédéric, «Globalization, competition and trade policy: convergence, divergence and cooperation», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 295-334.
- JONES, Clifford A., y JAMISON, Mark, «Comments on Warren Grimes: Microsoft: federalism and internationalism in antitrust», *The future of transnational anti-trust*, 2003, pp. 259-268.
- KEIZAI, Sangyōshō Chiteki, *Chikujō kaisetsu Fusei kyōshō bōshihō = Unfair competition prevention law*, Tōkyō: Yūhikaku, 2003, 266 pp.
- KERBER, Wolfgang, «An international multi-level system of competition laws: federalism in antitrust», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 269-300.
- KIDD, John, *Trust and antitrust in Asian business alliances: historical roots and current practices*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York (NY), Palgrave MacMillan, 2003.
- KIRCHNER, Christian, «Comments on Wolfgang Kerber: an international multi-level system of competition laws», *The future of transnational antitrust*, 2003, pp. 301-309.
- KNORR, Andreas, y ZIGOVÁ, Silvia, «Das neue Wettbewerbsgesetz der Slowakei», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2003, Heft 9, pp. 906-917.
- KWOKA, John E., y WHITE, Lawrence J. (eds.), *The antitrust revolution: economics, competition, and policy*, 4.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press, 2004, 527 pp.
- LUCEY, Mary Catherine, *Competition Act, 2002*, Dublin, Thomson Round Hall, 2003, 75 pp.
- MANNING, Alan, *Monopsony in motion: imperfect competition in labor markets*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2003.
- MAZZILLI, Antonio, «La valutazione dei comportamenti antitrust ai fini della determinazione della sanzione: il caso International Mail Express Italy/Poste Italiane», *Il foro amministrativo*, TAR, vol. II, I, 2003, pp. 149-158.
- MITTAL, D. pp., *Taxmann's competition law*, New Delhi, Taxmann Allied Services, 2003, 484 pp.
- MURAKAMI, Masahiro, *The Japanese Antimonopoly act = Nihon no Dokusen kinshihō*, Tōkyō: Shōji Hōmu, 2003, 331 pp.
- MURAYAMA, Makoto, «Private enforcement of antitrust law in Japan», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 243-253.
- NASTI, Ivana, «Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile», *Il corriere giuridico*, núm. 3, 2003, pp. 342-347.
- NOTTAGE, Hunter, «Trade and competition in the WTO: pondering the applicability of special and differential treatment», *Journal of international economic law*, vol. 6, núm. 1, 2003, pp. 23-47.



- OCDE, *Trade and competition, from Doha to Cancún*, Paris (France), Organisation for Economic Co-operation and Development, 2003, Joint Global Forum on Trade and Competition (2003, Paris, France), 70 pp.
- OERS, Monique van, y MEULEN, Bernd van der, «The Netherlands competition authority and its policy on fines and leniency», *World competition*, vol. 26, núm. 1, 2003, pp. 25-52.
- PALMIERI, Nicola Walter, «Tribunale mondiale antitrust a Washington?», *Int'l Lis*, núms. 3-4 2003, pp. 140-144.
- PITOFSKY, Robert, «Antitrust coopeation, global trade, and us competition policy», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 53-59.
- POTASH, David, y ANDERSON, Donald F., «Popular government and The Anti-Trust Act and the Supreme Court», *The collected works of William Howard Taft*, Athens, Ohio University Press, 2003, 242 pp.
- RAMAJOLI, Margherita, «Il Consiglio di Stato restringe in via interpretativa la competenza antitrust della Banca d'Italia: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 3, 2003, pp. 258-263.
- ROSENAU, Pauline Vaillancourt, *The competition paradigm: America's romance with conflict, contest, and commerce*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2003, 237 pp.
- SCHIESSL, Maximilian, «Leistungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb: dualistisches System und Mitbestimmung auf dem Prüfstand», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 167 Bd., 2-3, 2003, pp. 235-256.
- SEREBRISKY, Tomas, *The role of advocacy in competition policy [electronic resource]: the case of the Argentine gasoline market*, Washington (DC), World Bank, 2003, <http://www.econ.worldbank.org/view.php?type=5&id=29447>.
- SERYO, Shingo, «Private enforcement and new provisions for damages and injunctions in Japan», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 255-291.
- SINN, Hans-Werner, *The new systems competition*, Malden (MA), Blackwell Pub., 2003, 228 pp.
- SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo, «Comentarios sobre iniciativas recientes de cooperación institucional a nivel internacional en el campo de la defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, dirección: Lluís CASES, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons Editores, 2003, pp. 27-38.
- STOFFEL, Walter A., «Neueste Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2003, pp. 147-188.
- SULLIVAN, E. Thomas, *Understanding antitrust and its economic implications*, 4.<sup>a</sup> ed., Newark, NJ, LexisNexis, 2003, 442 pp.
- TAFT, William H., *Popular government and The Anti-Trust Act and the Supreme Court*, en David POTASH y Donald F. ANDERSON (eds.), Athens, Ohio University Press, 2003, 242 pp.
- TAMURA, Jiro, «Market access issues in Japan's antimonopoly law», *Competition policy in the global trading system*, 2002, pp. 143-159.
- UTTON, Michael A., *Market dominance and antitrust policy*, 2.<sup>a</sup> ed., Cheltenham, Northampton, MA: E. Elgar, 2003, 331 pp.
- VAN HOA, Tran (ed.), *Competition policy and global competitiveness in major Asian economies*, Cheltenham, UK; Northampton (MA), Elgar, 2003.
- VEELKEN, Winfried, «Neuere Entwicklungen in der französischen Konzentrationskontrolle», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 102 Bd., 2, 2003, pp. 195-271.

- VOGEL, Louis, *Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2003, 286 pp.
- WATERSON, Michael (ed.), *Competition, monopoly, and corporate governance: essays in honour of Keith Cowling*, Cheltenham (UK), Northampton (MA), Edward Elgar Pub., 2003, 319 pp.
- WILSON, Joseph, *Globalization and the limits of national merger control laws*, New York, Kluwer Law International, 2003.
- WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia económica en México*, 1. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, 389 pp.
- ZIMBALIST, Andrew S., *Inside the minds: the art & science of antitrust: leading lawyers on competition, litigation and globalization*, 1.<sup>a</sup> ed., published/created, Boston (MA), Aspatore Books, 2003.





## 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/>

**Bélgica: Ministère des Affaires Economiques: Organisation du Marché**

[http://www.mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/home\\_fr.htm](http://www.mineco.fgov.be/organization_market/competition/home_fr.htm)

**Chipre: Commission for the Protection of Competition**

[http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index\\_gr/index\\_gr?OpenDocument](http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index_gr/index_gr?OpenDocument)

**Dinamarca: Konkurrencestyrelsen**

<http://www.ks.dk/>

**Eslovaquia: Antimonopoly Office**

<http://www.antimon.gov.sk/>

**Eslovenia: Competition Protection Office**

<http://sigov1.sigov.si/uvk/>

**Estonia: Competition Board**

<http://www.konkurentsiamet.ee>

**España: Servicio de Defensa de la Competencia**

<http://www.mineco.es/dgdc/sdc/>

**España: Tribunal de Defensa de la Competencia**

<http://www.tdcompetencia.org/>

**España: Tribunal Català de Defensa de la Competència**

<http://www.gencat.net/economia/tcdc/web/m0/main/index.html>

**Finlandia: Kilpailuvirasto**

<http://www.kilpailuvirasto.fi/>

**Francia: Conseil de la Concurrence**

<http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>

**Francia: Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes**

<http://www.finances.gouv.fr/minefi/entreprise/concurrence/index.htm>

Grecia: Hellenic Competition Authority. Ministry of Economy and Finance  
<http://www.mnec.gr>

Holanda: Nederlandse Mededingingsautoriteit  
<http://www.nma-org.nl/>

Hungría: Competition Authority  
<http://www.gvh.hu/>

Irlanda: The Competition Authority  
<http://www.tca.ie/>

Italia: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato  
<http://www.agcm.it/>

Letonia: Competition Council  
<http://www.competition.lv>

Lituania: Competition Council  
<http://www.konkuren.lt/english/index.htm>

Malta: Ministry for Economic Services  
<http://www.gov.mt/frame.asp?l=2&url=http://www.mes.gov.mt/consumer/consumer.htm>

Polonia: Office for Competition and Consumer Protection  
<http://www.uokik.gov.pl/>

Portugal: Autoridade da Concorrência  
[www.autoridadedaconcorrenca.pt](http://www.autoridadedaconcorrenca.pt)

Reino Unido: Competition Commission  
<http://www.competition-commission.org.uk/>

Reino Unido: Office of Fair Trading  
<http://www.oft.gov.uk/>

República Checa: Office for the Protection of Competition  
<http://www.compet.cz>

Suecia: Konkurrensverket  
[http://www.kkv.se/eng/eng\\_index.shtm](http://www.kkv.se/eng/eng_index.shtm)

## 2. EUROPA NO COMUNITARIA

Albania: Competition Department. Ministria Ekonomise  
<http://www.minek.gov.al/tregetia/Konkurenca/konkurenca.htm>

Bulgaria: Commission on Protection of Competition  
<http://www.cpc.bg/>

Croatia: Agency for Protection of Market Competition  
<http://www.crocompet.hr/>

Islandia: Competition Authority  
<http://www.samkeppni.is/>

Israel: Antitrust Authority  
<http://www.antitrust.gov.il/>

Macedonia: Monopoly Authority  
<http://www.mon.upr.gov.mk/>

Noruega: Competition Authority  
<http://www.konkurransetilsynet.no/>

Rumanía: Competition Office  
<http://www.oficialconcurrentei.ro/>

Rusia: Russian Ministry for Antimonopoly Policy and Support to Entrepreneurship  
<http://www.maprf.ru/>

Suiza: Commission de la Concurrence  
<http://www.wettbewerbskommission.ch/>

Turquía: Competition Authority  
<http://www.rekabet.gov.tr/>

Ucrania: Antimonopoly Committee  
<http://www.amc.gov.ua/>

### 3. AMÉRICA

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia  
<http://www.mecon.gov.ar/secdef/>  
<http://www.minproduccion.gov.ar/cndc/home.htm>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica  
<http://www.cade.gov.br/>

Canadá: Competition Bureau  
<http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterE/home>

Canadá: Competition Tribunal  
<http://www.ct-tc.gc.ca/>

Costa Rica: Comisión para la Promoción de la Competencia  
<http://www.meic.gov.cr/esp/promocion/index.html>

Chile: Fiscalía Nacional Económica  
<http://www.fne.cl/>

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  
<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: 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/>

Corea: Fair Trade Commission  
<http://www.ftc.go.kr/eng/index.html>

Indonesia: Commission for the Supervision of Business Competition  
<http://www.kppu.or.id/>

Japón: Fair Trade Commission  
<http://www2.jftc.go.jp/e-page/index.htm>

Kirgizstan. State Commission on Antimonopoly Policy  
<http://www.pravo.gov.kg/>

New Zealand: Commerce Commission  
<http://www.comcom.govt.nz/>

Tailandia: Business Competition Bureau  
<http://www.dit.go.th>

Taiwan: Fair Trade Commission  
<http://www.ftc.gov.tw/>

Uzbekistán: State Committee on Demonopolization and Competition Development  
<http://www.antimon.uz/>

#### 5. ÁFRICA

Kenia: Monopolies and Prices Commission  
<http://www.treasury.go.ke/monopolies.htm>

Sudáfrica: Competition Tribunal  
<http://www.comptrib.co.za/>

Zambia: Competition Commission  
<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](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](http://www.sice.oas.org/compol/com_pols.asp)

OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition

[http://www.oecd.org/topic/0,2686,en\\_2649\\_37463\\_1\\_1\\_1\\_1\\_37463,00.html](http://www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.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](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/>

Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia

<http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/>

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

<http://www.ibrac.org.br/>

Palidan Antitrust Law

<http://www.palidan.com/Practice/antitrust.htm>

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>

US Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, us)

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>



## OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1997

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1998

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1999

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2000

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2001

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2002

**Lluís Cases (dir.)**

COMENTARIOS A LA LEY CONCURSAL

**Luis Fernández de la Gándara**

**Manuel Sánchez Álvarez (coords.)**

TRATADO DE DERECHO DE MARCAS

Segunda edición

**Carlos Fernández-Nóvoa**

EL CONTRATO DE *LEASE-BACK*

**Matilde Pacheco Cañete**

FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO  
EN INTERNET

**Ángela Guisado Moreno**

LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS U OBRA  
DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES  
DE CAPITAL

**Sergio Sánchez Gimeno**

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Vol. I: Disposiciones generales: fundación.

Aportaciones de capital y prestaciones  
accesorias. Las participaciones sociales.  
Sociedad unipersonal.

Tratado de Derecho Mercantil. Tomo 11

**Antonio Pérez de la Cruz Blanco**

LA DOMICILIACIÓN BANCARIA DE RECIBOS

**Jesús Antonio Romero Fernández**

LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Quórum de constitución y mayorías

**Fernando Madina**

*fundación*



9 788497 681681