

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

A N U A R I O D E L A C O M P E T E N C I A 2 0 0 4

2004



fundación



fundación



Universitat Autònoma de Barcelona



Marcial
Pons

El Anuario de la Competencia 2004

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

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 2004, 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 2004, 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 2004

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 2004

Oriol ARMENGOL I GASULL
Abogado. Pérez-Llorca

Luis BERENGUER FUSTER
*Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia
de Madrid*

Matilde CLIMENT GUIMERÁ
*Coordinadora del Área de Ayudas Públicas
Dirección General de Defensa de la Competencia
Ministerio de Economía y Hacienda*

Marisol FERNÁNDEZ-ARAGONCILLO AGLIO
Abogada del Estado ante la Audiencia Nacional

Susana GRAU ARNAU
*Abogada de la Direcció General de Defensa
de la Competencia del Departament d'Economia
i Finances de la Generalitat de Catalunya*

Antonio GUERRA FERNÁNDEZ
*Director del Gabinete de Presidencia
del Tribunal de Defensa de la Competencia*

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA
*Inspectora Jefa de Unidad
Subdirección General de Concentraciones
Ministerio de Economía y Hacienda*

María Jesús MAZO VENERO
*Subdirectora General Adjunta de la Subdirección
General de Concentraciones
Ministerio de Economía y Hacienda*

Anna MERINO CASTELLÓ
*Economista de la Direcció General de Defensa
de la Competencia del Departament d'Economia
i Finances de la Generalitat de Catalunya*

Carlos PADRÓS REIG
*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Investigador grupo REDERCO
Universitat Autònoma de Barcelona*

Álvaro PASCUAL MORCILLO
Abogado. Pérez-Llorca

Gloria PEÑAFIEL GARCÍA
*Consejera Técnica en la Subdirección General de Asuntos
Jurídicos y Relaciones Institucionales
Dirección General de Defensa de la Competencia
Ministerio de Economía y Hacienda*

Amadeo PETITBÒ JUAN
*Ex Presidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia*

Javier RUIZ CALZADO
Abogado en Latham & Watkins, Bruselas

Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Luis F. SOUTO SOUBRIER,
Instituto Universitario Europeo (Florencia, Italia)

Joaquín TRIGO
*Director Ejecutivo
Fomento del Trabajo Nacional*

Francisco URÍA FERNÁNDEZ
Abogado del Estado-excedente

SUMARIO

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2004

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 2005 BARCELONA

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2004

Segunda
Edición

Publicado por el Consejo Regulador de
Denominaciones de Origen

de España

Con el patrocinio de la Dirección General de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

Con el patrocinio de la
Asociación Española de Denominaciones de Origen

© Fundación ICO

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

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-9768-258-0

Depósito legal: M. 39.816-2005

Diseño de la cubierta: De García Diseño

Fotocomposición: INFORTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2005

SUMARIO

Pág.

Presentación (Presidente ICO)	11
La competencia en España. 2004 (Lluís CASES)	17
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
Unas bases sólidas para acometer la reforma (Gonzalo SOLANA GONZÁLEZ)...	31
Libro Blanco, concentraciones y análisis económico (Amadeo PETITBÒ JUAN)	55
Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento comunitario de concen- traciones (Luis BERENGUER FUSTER)	79
Problemas jurídicos derivados de la concurrencia potencial de procedimien- tos administrativos y procesos jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia (Francisco URÍA FERNÁNDEZ)	119
Pautas para el diseño de un procedimiento más eficaz en materia de prácticas restrictivas o prohibidas (Marisol FERNÁNDEZ-ARAGONCILLO AGLIO)	147
Los efectos unilaterales en el control de concentraciones: reflexiones a pro- pósito del Asunto Oracle/Peoplesoft (Javier RUIZ CALZADO)	167
Las industrias culturales ante el Derecho de la competencia (y viceversa) (Carlos PADRÓS REIG)	189
Participaciones minoritarias y Derecho de la competencia (Oriol ARMENGOL I GASULL y Álvaro PASCUAL MORCILLO)	229
Responsabilidad social de la empresa y competencia (Joaquín TRIGO)	259
El sector energético desde el punto de vista de la defensa de la competencia (María Jesús MAZO VENERO y Beatriz DE GUINDOS TALAVERA)	271
La revisión judicial de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de multas (Antonio GUERRA FERNÁNDEZ)	291
Política comunitaria de ayudas públicas. La modernización pendiente (Matilde CLIMENT GUIMERÁ)	311
La aplicación práctica de la Ley 1/2002 (Gloria PEÑAFIEL GARCÍA)	329

SEGUNDA PARTE. COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

Sentencia Altadis: el elemento intencional en el test de los precios predatorios (Susana GRAU ARNAU y Anna MERINO CASTELLÓ)	347
La noción de acuerdo y práctica concertada tras el Asunto Bayer Adalat (Luis F. SOUTO SOUBRIER)	375
El alcance del secreto profesional en las investigaciones de las autoridades de competencia (la saga Akzo y Akcros) (Álvaro PASCUAL MORCILLO)	413

TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

Servicio de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía, Hacienda y Consejo de Ministros	427
Tribunal de Defensa de la Competencia	433
Autoridades de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas ...	453
Audiencia Nacional	455
Tribunal Supremo	461
Comisión Europea	465
Tribunal de Primera Instancia	473
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	483

CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

España	495
Unión Europea	499

QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva	513
Prácticas óptimas para definir las competencias respectivas y resolver los asuntos que impliquen medidas conjuntas de las autoridades y los órganos de regulación de la competencia	537
Modernisation. Understanding competition law	553

SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

España	581
--------------	-----

	<u>Pág.</u>
Unión Europea.....	587
Otros sistemas	634

SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea.....	639
Europa no comunitaria	641
América	641
Asia y Australia	642
África.....	643
Organizaciones internacionales.....	643
Otras direcciones de interés.....	644

de sus períodos de tiempo tan considerable lo ha convertido, sin duda, en una referencia forzosa, en una obligada fuente de consulta para todos los que, de una forma u otra, se interesan por la evolución del mundo legal y de las prácticas de la contabilidad en naciones extrañas.

Las secciones en que se divide este Anuario de la Competencia 2004 y el índice de su presentación son iguales a los de los últimos años, también de especialidad, actividades y participaciones, actividades y competencias dictadas y fundamentadas y novedades normativas, documentación, bibliografía y selección de las más importantes disposiciones de Internet en todo el mundo relacionadas con la defensa de la competencia.

En el ejercicio pasado se pretendió importante especialización en la regulación de la competencia en materia penal. Para estos fines que merecen destacarse especialmente: El primer, la promulgación del Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, sobre el desarrollo de la ley 17/2003, de 15 de mayo, habida cuenta de la normativa comunitaria. A este respecto se establecieron en dicha disposición mecanismos de coordinación entre las autoridades nacionales y la Comisión Europea, para garantizar la aplicación coherente y eficaz de aquellas normas, y mejorar sus labores de inspección e investigación.

El segundo de dichas medidas fue la incorporación, a lo largo del año, del Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia (LDC). El texto se publica el 20 de marzo, después de un período de audiencia pública de dos meses para que todos los interesados pudieran enviar a la Dirección General de Defensa de la Competencia sus

PRESENTACIÓN

Un año más, y con este ya son nueve, la Fundación ICO edita el Anuario de la Competencia, elaborado bajo la dirección y coordinación del Profesor Lluís CASES. La aparición ininterrumpida del Anuario a lo largo de un período de tiempo tan considerable lo ha convertido, sin duda, en una referencia forzosa, en una obligada fuente de consulta para todos los que, de una forma u otra, se interesan por la evolución del marco legal y de las prácticas de la competencia en nuestro país.

Las secciones en que se divide este Anuario de la Competencia 2004 y el orden de su presentación son iguales a los de los últimos años: estudios de especialistas, legislación y jurisprudencia —resoluciones y sentencias dictadas y comentadas y novedades normativas—, documentación, bibliografía y selección de las más importantes direcciones de Internet en todo el mundo relacionadas con la defensa de la competencia.

* * *

En el ejercicio pasado se produjeron importantes acontecimientos en la regulación de la competencia en nuestro país. Entre ellos hay dos que merecen destacarse especialmente. El primero, la promulgación del Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la adaptación de las modificaciones habidas en la normativa comunitaria. A este respecto, se establecieron en dicha disposición mecanismos de colaboración activa entre las autoridades nacionales y la Comisión Europea para garantizar la aplicación coherente y eficaz de aquellas normas y facilitar las labores de inspección e investigación.

El segundo de dichos sucesos fue la redacción, a lo largo del año, del Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia (LBC). El texto se publicó el 20 de enero, abriéndose un período de audiencia pública de dos meses para que todos los interesados pudieran enviar a la Dirección General de Defensa de la Competencia sus

comentarios y observaciones al mismo. Tal como se indica en la introducción, con la experiencia que proporciona la aplicación de la Ley 16/1989 «resulta oportuno abrir un proceso de revisión del marco normativo de la Defensa de la Competencia en España», que deberá concluir —es de suponer que a no tardar mucho— con la promulgación de la correspondiente Ley reguladora.

No parece éste el sitio más apropiado para analizar de forma pormenorizada la reforma del sistema de la competencia que se presenta en el correspondiente Libro Blanco. Pero tampoco sería lógico desaprovechar la oportunidad que ofrecen estas páginas y no apuntar en ellas algunas reflexiones en torno a este elemento sustancial de la política económica, «instrumento de primer orden para la promoción de la eficiencia en la asignación de recursos y, con ello, para la maximización del bienestar general en el contexto de una economía de mercado».

Lo primero que quiero señalar es que, en mi opinión, la reforma llega en el momento oportuno y que el procedimiento elegido para llevarla a cabo constituye un verdadero acierto. Y son muchos los que piensan así. Entre otros la Asociación Española para la Defensa de la Competencia, para quien, según sus propias palabras, «el hecho de que antes de elaborar un Proyecto de Ley, se presente a la opinión pública un Libro Blanco, en el que se recoge un índice de los problemas detectados y se proponen soluciones, al tiempo de pedir opiniones a todos los interesados, supone un método de actuación que merece destacar como muy positivo».

Qué duda cabe que el sistema español de defensa de la competencia resulta equiparable al de los países de nuestro entorno y que, en lo sustancial, las normas vigentes no se separan en exceso del referente comunitario. Sin embargo, hay que notar que la legislación aplicable cuenta ya con tres lustros de existencia y que a lo largo de este tiempo se han producido importantes cambios con el contexto nacional y comunitario que aconsejan una adecuación de las normas de competencia a las nuevas circunstancias.

Por otra parte, aun cuando la política de competencia española haya mejorado manifiestamente en los últimos años, debe reconocerse que es mucho lo que queda por andar en ese campo. A propósito de la distancia que media entre el ser y deber ser, los comentarios de Joan Ramón BORRELL y Antón COSTAS son bien elocuentes: «el grado de efectividad de la política de la competencia recibe una calificación de 5,2 sobre 7 en el informe del World Economic Forum. Estamos muy lejos todavía de las mejores prácticas internacionales».

Es importante destacar que los comentarios al Libro Blanco revelan la existencia de un amplio consenso sobre los principios que presiden la reforma del sistema (seguridad jurídica, independencia, transparencia y responsabilidad, eficacia y coherencia) y sobre la correcta identificación y tratamiento de los elementos que en ella se abordan. A saber: estructura

institucional, prácticas restrictivas, control de concentraciones, ayudas públicas y proyección social de la defensa de la competencia.

Una propuesta fundamental de la reforma, considerada tan acertada como positiva, es la de la integración de los actuales Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia en una Comisión Nacional (CNDC), autoridad única e independiente en esta materia. Todos los analistas han valorado especialmente el hecho de que el nombramiento de los miembros de dicha Comisión, aun cuando lo realice el Gobierno, estará precedido de «una audiencia pública o examen de méritos en la Comisión de Economía del Congreso», con lo que aquél queda obligado a tener muy en cuenta la idoneidad de éstos para el desempeño de su función. Sobre este punto una observación muy atinada es la de que la independencia y la solvencia técnica de los miembros de la CNDC «es una condición esencial para que sus resoluciones estén revestidas de la necesaria auctoritas que las haga no sólo legalmente obligatorias para sus destinatarios, sino también asumibles por el mundo empresarial, contribuyendo así a crear una cultura de la competencia».

La relativa coincidencia de pareceres acerca de la modificación del esquema institucional de defensa de la competencia que se propone en el LBC —considerándola «del todo acertada», valorando muy favorablemente sus líneas generales, o entendiendo que «supondrá la superación de muchos de los problemas que se ponían de manifiesto»— constituye, a mi entender, la mejor garantía de que la reforma del sistema alcanzará el éxito pretendido.

Se ha indicado antes que no se va a examinar en esta Presentación el contenido del Libro Blanco, pero también se ha advertido que algunos apuntes sobre el mismo resultan poco menos que obligados. Las observaciones que siguen resumen la postura del Instituto acerca de su posible participación en dos acciones concretas: el control de las ayudas públicas al sector empresarial y la promoción e impulso de la competencia dentro del mismo.

La Comisión europea viene encareciendo que en todo lo que hace a las ayudas que las administraciones públicas conceden a las empresas, tanto aquéllas como éstas «respeten la reglas del juego limpio para no distorsionar las condiciones de competencia en los mercados». Algunos de los comentarios al Libro Blanco han señalado que, en relación a este asunto, las autoridades españolas deberían tener un papel mucho más destacado que el que ahora tienen o que el que se piensa encomendarles. La razón que se aduce es bien simple: la Comisión europea sólo controla las ayudas públicas en el caso de que afecten a los intercambios entre los Estados miembros de la UE. Consecuentemente, las ayudas que conceden o pueden llegar a conceder las Comunidades Autónomas no quedan sujetas a ningún control si no afectan a aquellos intercambios interestatales, aun cuando puedan ocasionar distorsiones de la competencia en el mer-

cado nacional. Se considera por ello conveniente que la nueva Comisión Nacional de Defensa de la Competencia cuente desde el primer momento con toda la información relacionada con la concesión de ayudas u otras ventajas a las empresas radicadas en territorio español, cualquiera que sea la administración concesionaria.

El Instituto no sólo comparte esta idea, sino que entiende que podría tomar parte activa en su desarrollo. En este sentido, resultaría perfectamente justificable que, por su condición de Agencia Financiera del Estado, se encomendara al ICO el registro permanente de las ayudas crediticias —subvenciones al tipo de interés o al principal de los préstamos— otorgadas por las Administraciones Territoriales a las empresas domiciliadas o implantadas en sus respectivos espacios geográficos.

De esta forma se contaría con una valiosa información de la que ahora se carece y la CNDC dispondría de los suficientes elementos de juicio para apreciar si alguna de aquellas ayudas financieras infringe las reglas de la competencia y, de ser así, obrar en consecuencia.

En el Instituto de Crédito Oficial entendemos que la defensa de la competencia no debe basarse únicamente en el análisis y control de las posibles medidas restrictivas o de los efectos de las distintas ayudas, sino que debe potenciarse mediante el apoyo de iniciativas empresariales que mejoren la competitividad y la búsqueda de nuevos mercados. Nuestro apoyo para alcanzar estos objetivos se plasma en el diseño de líneas de crédito que facilitan a las empresas la consecución de los mismos.

Actualmente el ICO esta estudiando la posibilidad de abrir una nueva línea de crédito para favorecer la creación de consorcios entre las pequeñas y medianas empresas de determinadas ramas o sectores. A este respecto entiendo que, bajo determinadas circunstancias, aquellas agrupaciones permitirían a las empresas asociadas desarrollar acciones estratégicas que por sí solas no pueden llevar a cabo. Tales podrían ser, por ejemplo, la creación de un aparato logístico de almacenamiento y distribución de bienes terminados, para el abastecimiento del mercado domestico o el desarrollo de un plan sistemático de penetración y expansión en el extranjero.

Qué duda cabe que en nuestra economía hay un considerable número de actividades que podrían acogerse a esta clase de iniciativas. Con ello muchas empresas podrían ver aumentada su capacidad para competir en el mercado interior frente a empresas de dimensión mucho mayor, o introducirse en mercados globalizados que, hoy por hoy, les resultan inaccesibles. Y, a mi modo de ver, aún hay más cosas, en el terreno de la defensa y el estímulo de la competencia, para las que podrían servir los consorcios propuestos.

En el modelo teórico —donde ningún comprador o vendedor puede establecer los precios y todos deben someterse a ellos— las restricciones

al ejercicio de las posiciones de dominio las establecen las empresas «del mismo lado del mercado». Sin embargo, parece evidente que en aquellos negocios en los que, por las razones que sea, existe una fuerte concentración empresarial, el razonable mantenimiento de las reglas de la competencia puede corresponder tanto a los competidores directos como a los abastecedores y clientes, es decir, a aquellos agentes que al decir J. K. Galbraith, acuñador del término, están en condiciones de ejercer un cierto “poder compensatorio” frente a las grandes empresas con las que se relacionan. De acuerdo con la tesis del profesor americano, el desarrollo de este contrapeso «requiere un mínimo de oportunidad y capacidad de organización» y por eso mismo no debe extrañar que esta tarea precise el apoyo de las Administraciones Públicas.

Para concluir, una reflexión sobre el futuro de la presente colección. La Fundación ICO, como ya se ha reiterado en diversos foros, ha asumido plenamente el compromiso de seguir publicando el Anuario de la Competencia, garantizando con esta continuidad la sedimentación de un “corpus doctrinal” extenso y documentado. Es más, tiene también el propósito de aumentar su contenido incluyendo, por ejemplo, trabajos teóricos e investigaciones empíricas sobre el alcance y las limitaciones de la “competencia viable” en espacios económicos crecientemente globalizados o acerca de las relaciones entre la efectividad de la competencia en los mercados domésticos y el impulso de la competitividad exterior.

Esperemos que el resultado final merezca la aprobación de los expertos a los que va dirigido y pueda cumplir el papel que deseamos en un campo tan vital para la buena marcha de nuestra economía como es garantizar una competencia sana y eficaz dentro de ella.

6 de septiembre de 2005.

Aurelio MARTÍNEZ ESTÉVEZ
Presidente del Instituto de Crédito Oficial (ICO)

LA COMPETENCIA EN ESPAÑA. 2004

Lluís CASES

Director del *Anuario de la Competencia*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

1. SE INICIA LA REFLEXIÓN PARA LA REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. EL LIBRO BLANCO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En anteriores ediciones de este *Anuario* hemos expresado nuestra opinión acerca de la necesidad de acometer una reforma en profundidad de la Ley de Defensa de la Competencia con el objetivo de lograr una aplicación más efectiva de las normas de competencia en nuestro país. En especial, en el *Anuario 2003* el primer epígrafe de la introducción, «La Competencia en España. 2003», tenía un título suficientemente explicativo: «La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia. Hacia una aplicación más efectiva de las normas de competencia». Al respecto es muy importante señalar que durante el año 2004 se han desarrollado en el seno del Ministerio de Economía y Hacienda los trabajos que han cristalizado finalmente en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia¹.

El proceso de reforma ha empezado correctamente. Los responsables ministeriales han trabajado con sus equipos para exponer de forma detallada en los distintos bloques en que han estructurado sus análisis la situación actual, la valoración que les merece y las propuestas de reforma. Así se ha hecho respecto del esquema institucional, la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia, el control de concentraciones, las ayudas públicas y la proyección social de la defensa de la competencia.

La primera cuestión a destacar es la metodológica. El proceso seguido hasta la fecha es ejemplar. El Ministerio, por un lado, ha hecho público su análisis de la situación actual y cuáles son sus fortalezas y debilidades y,

¹ Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía y Hacienda, 20 de enero de 2005.

por otro, ha expuesto sus propuestas de reforma. A continuación se ha abierto un plazo para que todos aquellos que lo estimen conveniente expresen sus observaciones al Libro Blanco. Las observaciones, además, se han hecho públicas de modo que se puede compartir la información y valoración de todos los interesados². No existe en España costumbre a este sistema metodológico y aun así se han presentado hasta 29 observaciones.

El haber emprendido la reforma con esta metodología nos parece muy acertado. Un tema como el que nos ocupa merece un tratamiento de máxima transparencia, donde el Ministerio exponga sus criterios de forma pública y sea objeto de crítica, aprobación o corrección por la opinión pública. Es evidente que toda la información recabada durante la elaboración del Libro Blanco y el plazo de observaciones ha de enriquecer la propuesta final que se formule.

Este criterio metodológico obligará a los responsables ministeriales a analizar todas las observaciones formuladas. Obviamente, no para dar respuesta formalizada a los que las han presentado. Sí para estudiar las sugerencias formuladas, las propuestas lanzadas, las matizaciones realizadas y así, sin duda, enriquecer la propuesta final que adopte la forma de anteproyecto de ley.

En consecuencia, la labor iniciada debe continuar y articularse en el proyecto normativo o en plural proyectos normativos si atendemos a la propuesta de modificaciones normativas que contiene el propio Libro Blanco. Esta labor no debe efectuarse de modo precipitado. Hemos de tener en cuenta que la valoración del sistema actual por parte del Libro Blanco es, en términos generales, positiva, de modo que no existe una urgencia extraordinaria. Pero sí debe realizarse de forma inmediata aprovechando el impulso generado por el Libro Blanco, teniendo en cuenta que el sistema debe ser reforzado con celeridad para conseguir una aplicación más efectiva de las normas de competencia, que sin duda es el principal reto que tenemos planteado.

La segunda cuestión a destacar es que el Libro Blanco, si bien apunta modificaciones sustanciales, en especial en cuanto al sistema institucional, no puede decirse que haya causado una extraordinaria sorpresa o que haya generado una notable controversia. La mayoría de propuestas que contiene nos parecen muy correctas, razonables y realistas. Si bien, como es lógico y además encaja con la metodología adoptada, pueden ser objeto de observaciones. En términos generales podemos decir que las propuestas, importantes en todo caso, han tenido muy buena acogida. Seguramente ello es debido a que el Libro Blanco se edita en un momento de madurez del sistema y que es coincidente con un sentido generalizado y común sobre las principales pautas de la estructura de la necesaria reforma.

² www.mineco.es/dgdc/sdc/Libro_Blanco/Contribuc_LBDC.htm.

En el momento en que las propuestas de reforma cristalicen en un texto normativo será procedente un comentario preciso u observación crítica.

Por un lado, ello es especialmente claro en aquellos aspectos en que el Libro Blanco no concreta suficientemente las propuestas del Ministerio, ya que seguramente no era el momento oportuno para ello, sino más bien expone las posibles alternativas.

Un ejemplo de ello y que puede generar cierta controversia es la conveniencia de eliminar la previsión relativa a las situaciones de abuso de dependencia económica y de las conductas desleales. Cuestiones reguladas, respectivamente, en los arts. 6.1.b)³ y 7⁴ LDC. El Libro Blanco acierta, a nuestro entender, en ubicar este debate en la propuesta de centrar el objeto de la Ley que constituye una de las cinco actuaciones, tanto sustantivas como procedimentales, que se proponen para conseguir aumentar el beneficio social de la intervención administrativa, que constituye el principal objetivo de las propuestas de reforma en materia de lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia. En nuestra opinión, este es un debate importante, que no puede verse limitado a una cuestión de medios de las autoridades públicas protectoras de la competencia y de si incluir estos tipos genera tensiones en la gestión pública. Pensamos que es un debate estructural sobre el alcance de las normas de competencia. Nuestro criterio es la eliminación de los tipos de infracción indicados y recogidos en los arts. 6.1.b) y 7. Los intereses protegidos en los mismos disponen de instancias pertinentes más propias que las de competencia. También será más coherente con la consideración de la protección de la competencia como una función pública defensora no de intereses privados, sino de intereses públicos y clarificará el objeto de sus normas.

Por otro lado, también será necesaria la concreción de las propuestas del Libro Blanco en varios aspectos en que la concreta regulación final que se apruebe será clave para su valoración y sin duda efectividad.

³ LDC. Art. 6

Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

b) De la situación de dependencia económica en la que pueden encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

Este precepto no existía en la versión inicial de la LDC de 1989. Se introdujo en la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

⁴ Art. 7 LDC.

Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.

Que esa grave distorsión afecte al interés público.

Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurren dichas circunstancias, procederá el archivo de las actuaciones.

Este precepto no tenía este redactado en la versión inicial de la LDC de 1989. La nueva redacción se introdujo en la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

Un buen ejemplo de ello y que también puede generar cierta controversia es la introducción de un sistema de clemencia. Aquí el Libro Blanco plantea en concreto que «cabe valorar la introducción de un sistema de clemencia» y a continuación, teniendo en cuenta determinadas consideraciones⁵, apuesta por un modelo inspirado en el de la Comisión Europea⁶. Es evidente que en este aspecto las precisas previsiones normativas serán claves para la valoración final de la propuesta, que, como hemos manifestado en anteriores ocasiones, compartimos abiertamente, pese a que coincidimos con el Libro Blanco cuando señala que «en todo caso, es importante tener en cuenta que la eficacia del programa de clemencia depende directamente de la amenaza real de sanción a los miembros del cártel, lo que depende tanto de la cuantía legal de las sanciones como de la eficacia de la propia actuación administrativa»⁷. Sin duda las previsiones normativas serán esenciales para poder concretar la valoración de una propuesta que es interesante y que no debe ser rechazada de entrada pese a que entrañe dificultades en su concreción normativa y, sin duda, en su posterior aplicación práctica por parte de las autoridades de competencia.

En definitiva, el proceso de reforma se ha iniciado ya y es conveniente que culmine en los próximos meses para establecer un nuevo impulso a la competencia en España, tanto desde la perspectiva de la persecución de las prácticas restrictivas de la competencia como de la proyección social de la competencia.

2. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

En estos momentos no resulta posible establecer con plena rotundidad el resultado final del proceso de ratificación de la Constitución Europea. En especial, después de las consultas francesa y holandesa, el proceso deberá ser seguido con atención para verificar su finalización. En todo caso, nos parece importante referir algunas cuestiones relativas a las normas de competencia comunitarias en el nuevo marco constitucional. En especial, si tenemos en cuenta que estas normas han sido desde los tratados constitutivos originarios uno de los ejes esenciales del proceso de integración europea.

El análisis de las normas sobre competencia de la Constitución Europea debe efectuarse teniendo en cuenta, a modo de resumen, diversas premisas previas. La primera es que no podemos desconocer que la incor-

⁵ Indica el Libro Blanco (138) que la introducción de un sistema de clemencia debería tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Es preciso garantizar la compatibilidad con el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE.

La clemencia administrativa no garantizaría la clemencia civil o penal; por tanto, el miembro del cártel que colabora podría estar exento de multas, pero no de pagar la indemnización correspondiente por los daños causados por su conducta a otros particulares.

⁶ 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).

⁷ Libro Blanco (139).

poración al Tratado originario de la Comunidad Europea de las normas sobre competencia derivó de la decisión de instaurar un modelo económico articulado en base a la libre competencia en el mercado, que tuvo una influencia decisiva de los Estados Unidos. La mera comparación de los principales artículos constitutivos comunitarios con los de la norteamericana *Sherman Act* de 1890 así lo pone de manifiesto. La segunda es que las normas sobre competencia son en el Tratado de la Comunidad Europea la política comunitaria por excelencia vinculada a la consecución de las libertades comunitarias. Y la tercera es que, a punto de cumplirse los cincuenta años de estas normas sobre competencia, sin que hayan sido sustancialmente modificadas, éstas han dado cabida a sucesivas y diferentes interpretaciones por parte de los operadores económicos, la Comisión y sobre todo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y ello porque no existe una única interpretación en su aplicación, sino que su generalidad, característica evidente y esencial, les permite ir adaptándose a los distintos enfoques económicos y políticos históricos.

La primera cuestión a abordar sobre las previsiones de la Constitución Europea respecto a la competencia y al control de las ayudas públicas es que la existencia de «un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada» se introduce de forma explícita como uno de los objetivos de la Unión. Se refuerza así la previsión contenida en el tratado originario, acometiéndose una apuesta decidida por una economía de mercado caracterizada por la existencia de libre competencia entre los operadores económicos. Además, el desarrollo sostenible de Europa, que constituye otro de los objetivos de la Unión, se deberá basar, junto a otras cuestiones, en una economía social de mercado altamente competitiva. La inclusión de la defensa de la libre competencia entre los objetivos de la Unión constituirá un importante principio inspirador para la interpretación que el Tribunal de Justicia tenga que realizar sobre las disposiciones de la Constitución Europea dedicadas a competencia.

La trascendencia de las normas sobre competencia puede advertirse también en su ubicación sistemática. Como ya acontecía en el Tratado de la Comunidad Europea, se localizan dentro del capítulo de mercado interior y junto a las cuatro libertades esenciales y clásicas del Derecho comunitario: la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, la libre circulación de mercancías y la libre circulación de capitales.

Un segundo tema relevante es que el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior es de competencia exclusiva de la Unión, de acuerdo con el art. I-13 de la Constitución Europea. En consecuencia, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. Esta atribución exclusiva es una novedad de la Constitución Europea. Pensamos que la atribución de competencia exclu-

siva no tendrá un impacto directo en la política de aplicación de las normas sobre competencia comunitarias, que se caracterizan, salvo en lo referente al control de las ayudas públicas, por el impulso descentralizador. El Reglamento 1/2003 supone un paso determinante hacia la descentralización de la aplicación desde la Comisión Europea a las autoridades nacionales, ya sean administrativas (en España, Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia)⁸ o judiciales (en España, jueces de lo mercantil). No cabe pensar, por tanto, máxime con la nueva ampliación, que se pretenda una centralización de todos los actos de aplicación en las instituciones comunitarias, pese a que en todo caso se mantenga a la Comisión Europea en un papel director y central de dicha aplicación. En cambio, la atribución de competencia exclusiva sí puede tener impacto en las relaciones entre ordenamientos jurídicos, ya que las normas comunitarias han convivido con las normas nacionales de la competencia de los Estados miembros. La consideración de exclusiva y, por tanto, la no operatividad del principio de subsidiariedad, puede dar mayor prioridad al principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional, de modo que los ordenamientos nacionales pueden verse obligados a revisar todos aquellos aspectos que aunque no sean directamente contradictorios con las normas comunitarias, puedan suponer un menoscabo a la plena efectividad de éstas.

En tercer lugar, en concreto, hay que detallar las distintas vertientes de las normas sobre competencia, en las que no hay modificaciones sustanciales. Se mantiene la prohibición de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Igualmente, se declara incompatible con el mercado interior, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva de una posición de dominio. Las normas materiales y procedimentales se mantienen esencialmente idénticas, sin que el proceso de descentralización, de creación de la red de autoridades de competencia, de reformas administrativas concretadas especialmente en el Reglamento 1/2003 haya tenido reflejo.

Una matización relevante de la aplicación de las anteriores prohibiciones puede darse en los servicios de interés económico general. Tanto a nivel comunitario como a nivel nacional se estima que el mantenimiento de los llamados servicios de interés económico general son pieza esencial para la cohesión social y territorial. Las normas sobre competencia no son de aplicación en estos ámbitos en la medida que su aplicación impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas encargadas de dichos servicios. Esta matización ya existía en el Tratado constitutivo y ha generado ciertas controversias por el manteni-

⁸ Ver Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia.

miento por parte de los Estados miembros de determinados ámbitos excluidos de la competencia.

La Comisión Europea seguirá ejerciendo el control de las ayudas públicas desde la óptica de la competencia. Prácticamente no existen modificaciones respecto a las previsiones actuales. En consecuencia, a partir de la declaración de incompatibilidad con el mercado interior de toda ayuda que falsee o amenace con falsear la competencia, la Comisión ostentará la potestad de vigilancia, control y determinación de aquellas ayudas que puedan considerarse compatibles. La Comisión desarrollará aquí su función de guardiana de los tratados y de articuladora del interés general comunitario, que puede no coincidir en concretos supuestos con el interés general del Estado miembro. De forma muy resumida, el examen de las ayudas no es más que una verificación de si el interés general nacional, configurado por las instancias públicas competentes en cada Estado miembro, puede concretarse de forma no contradictoria con el interés general comunitario. En caso de contradicción o disputa, la posición de las instituciones comunitarias prevalecerá.

Finalmente, no podemos pasar por alto la ausencia de toda referencia al control de las concentraciones empresariales. Ciertamente, en el tratado constitutivo no existía ninguna referencia y ello no impidió el establecimiento de un control de las operaciones de concentración empresarial articulado en su notificación previa a la ejecución y en la necesidad de su autorización por la Comisión. Suponemos que en la regulación de las normas sobre competencia se ha preferido soslayar el debate sobre temas materiales, en función de la existencia de un muy notable consenso favorable respecto de su contenido en el tratado originario. No obstante, en la medida que se trata de una actuación administrativa notable y con una incidencia muy significativa en la esfera de la libertad económica de los operadores hubiese sido preferible la incorporación de sus previsiones básicas y estructurales.

En definitiva, en materia de competencia no se aprecian cambios notables en la nueva Constitución, que mantiene como objetivo la consecución de un mercado interior en que la competencia sea libre y que atribuye capacidades suficientes a las instituciones europeas, principalmente la Comisión, para lograrlo ya sea persiguiendo las prácticas restrictivas de la competencia y los abusos de posición de dominio o controlando las ayudas públicas.

3. LA PROGRESIVA FORMALIZACIÓN DEL MODELO DE COMPETENCIA EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Es ya muy conocido que el sistema institucional de aplicación de las normas de competencia en España se articulará en un sistema dual.

Participarán desde la perspectiva de la Administración Pública⁹ en esta aplicación, por un lado, la Administración General del Estado y, por otro lado, la Administración de las Comunidades Autónomas que desarrollen sus competencias en el marco constitucional y estatutario, interpretado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de noviembre de 1999, que declaró la inconstitucionalidad de la LDC al atribuir su aplicación en exclusiva a aquella Administración. Esta articulación compleja se desarrolló en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia. En el *Anuario de la Competencia* hemos recogido y comentado el desarrollo del proceso desde el momento en que se dictó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En este *Anuario 2004*, se recoge una exposición muy detallada de la concreción efectiva de este sistema institucional por parte de Gloria PEÑAFIEL.

Durante el año 2004 se establecieron instituciones de distinta naturaleza en las Comunidades Autónomas de Murcia¹⁰, Galicia¹¹ y Madrid¹². La Comunidad catalana lo había hecho ya con anterioridad. Ahora en los primeros meses del año 2005 y antes del cierre de la edición de este *Anuario* se han creado instituciones también en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la de Extremadura y en la valenciana. No procede ahora un examen detallado de la naturaleza jurídica de estas organizaciones, que tienen cada una de ellas obviamente sus particularidades. Quizá más adelante, cuando el sistema autonómico esté más institucionalizado, podrá proceder un examen comparativo de las distintas soluciones organizativas establecidas, las pautas comunes y las principales divergencias.

Este desarrollo, por tanto, es aún muy incipiente y no resulta posible formular reflexiones u opiniones generales sobre la puesta en práctica del sistema de aplicación dual de las normas de competencia derivado de nuestra Constitución. No obstante, sí puede ser oportuno efectuar algunas consideraciones preliminares sobre la operatividad del sistema, aunque en algunos casos podamos reproducir algunos criterios ya formulados en anteriores introducciones del *Anuario de la Competencia*.

La primera es celebrar que entre la Administración General del Estado y la Administración de la Comunidad Autónoma catalana no han existido disputas sobre la autoridad competente para la instrucción y resolución de expedientes. Como resume Gloria PEÑAFIEL en este *Anuario*, se ha activa-

⁹ Al margen obviamente de la aplicación judicial de las normas de competencia.

¹⁰ Decreto núm. 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia (*BORM*, núm. 43, 21 de febrero de 2004).

¹¹ Ley 6/2004, de 12 de julio, Reguladora de los Órganos de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, núm. 141, de 22 de julio de 2004).

Nombramiento del Presidente y Vocales del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia. Decreto de 25 de noviembre (*DOG*, de 9 de diciembre de 2004).

¹² Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (*BOCM*, núm. 310 30 de diciembre de 2004).

do el mecanismo de designación de órgano competente en 31 ocasiones (en 21 ocasiones por la Administración autonómica y en 10 por el SDC). En todos los casos, la propuesta de la Administración que inicia el expediente ha sido aceptada por la otra. Ello ha significado que la Junta Consultiva en materia de conflictos, prevista en el art. 3 de la Ley 1/2002, no ha sido convocada. De esos 31 casos, en 28 ha correspondido su tramitación a la Administración autonómica y en 3 al SDC. Asimismo, los mecanismos de información entre Administraciones previstos en la Ley 1/2002 vienen funcionando con regularidad.

La inexistencia de conflictos en el funcionamiento del sistema, atribuible lógicamente a las dos Administraciones, en concreto Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda y Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat, es muy positivo. Obviamente, el conflicto puede producirse en cualquier momento y su aparición en determinados expedientes no ha de generar una crisis del sistema. Pero sin ningún género de duda es importante en los momentos iniciales de arranque del sistema institucional dual que la vía a seguir sea la del acuerdo y no la del conflicto competencial.

Estos datos ponen de relieve una segunda consideración y es que el SDC ve completada su labor de aplicación de las normas de competencia por la Administración autonómica. No podemos afirmar¹³ que los 21 casos que la Administración catalana comunica al SDC (todos ellos excepto 1 derivados de denuncias) habrían sido casos que se hubieran presentado ante éste por los denunciantes. Sí resulta con certeza que el SDC puede remitir parte de su tarea a la administración autonómica catalana y, por tanto, centrar en otros expedientes los esfuerzos humanos y materiales que esa tarea hubiese requerido. El resultado es, por tanto, una mayor actividad administrativa de persecución de las prácticas restrictivas de la competencia. En la medida que el sistema institucional dual se consolide este resultado se podrá ir incrementando.

Asimismo, estos datos ponen de relieve igualmente una tercera consideración, que es la complejidad de los expedientes en materia de competencia para una Administración sin experiencia en la materia. Verifiquemos que el Tribunal catalán ha adoptado únicamente siete resoluciones desde su creación en el año 2003. Este dato en comparación con los expedientes que ha recibido la Dirección General pone de relieve la notable dificultad para la tramitación efectiva de los mismos en plazos razonables.

Éste es un hecho muy relevante para las Comunidades Autónomas y para la buena salud del sistema institucional. El ejercicio de competencias en materia de defensa de la competencia requiere, además de la voluntad directiva política, disponer de medios amplios y muy especializados que permitan una aplicación efectiva. La generalización del sistema institucio-

¹³ Únicamente un trabajo de campo con los denunciantes podría haber determinado su disponibilidad a presentar la denuncia que han formulado ante la Administración catalana ante el SDC.

nal dual sin que por las Comunidades Autónomas (igual que pasaría en el Estado en una situación inversa) exista una voluntad de aplicar las normas y se dote a los órganos de medios suficientes para conseguir una aplicación real y efectiva de las normas de competencia puede acarrear, ahora sí, una profunda crisis del sistema.

En este entorno ¹⁴, la labor de las autoridades nacionales de colaboración y cooperación, formal e informal, con las Administraciones autonómicas, que creemos existirá si obviamente son requeridas, puede ser sin duda un elemento de apoyo clave. Es imprescindible aprovechar el bagaje, las herramientas metodológicas y los conocimientos adquiridos en los quince años de aplicación de la LDC. Para ello seguro que habrá que superar los mecanismos de colaboración previstos en la Ley 1/2002, que en todo caso deberán ser explorados, y establecer formas de colaboración, en muchas ocasiones de modo informal, que permitan mejorar el desarrollo de los expedientes administrativos.

Una cuarta consideración es la relativa a la importancia del sistema institucional dual para impulsar la proyección social de la defensa de la competencia. Por un lado, los órganos autonómicos tienen un campo de trabajo muy amplio en el análisis de las regulaciones propias de la comunidad autónoma para tratar de impulsar reflexiones y, en su caso, reformas que podemos denominar con carácter general procompetencia. Es muy importante que esta labor, como efectuó respecto a conjuntos normativos nacionales el Tribunal de Defensa de la Competencia en los años noventa, sea desarrollada por órganos de la propia Comunidad Autónoma. Seguramente no será posible, ni siquiera oportuno, pretender de inmediato un análisis exhaustivo del conjunto normativo autonómico. Sí ha de ser posible un examen sector por sector, de forma progresiva y paulatina, donde se examine la regulación desde la perspectiva de la competencia y, en su caso, se planteen reformas concretas para profundizar en entornos más competitivos para los operadores económicos. Esta labor no está hecha y parece muy recomendable desarrollarla.

Por otro lado, los órganos autonómicos están muy bien posicionados para transmitir a la sociedad los valores de la competencia. La escasa distancia de los conflictos y de los operadores, que en ocasiones puede devenir un problema de gestión pública, es para la proyección social de la defensa de la competencia un valor que ha de ser aprovechado.

4. EL ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2004

La Fundación ICO, desde el año 1996, promueve el *Anuario de la Competencia*. Desde ese año y con puntualidad el *Anuario* aporta reflexio-

¹⁴ Evidentemente no en el de la voluntad política de aplicar las normas de competencia.

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

La estructura del *Anuario de la Competencia 2004* es prácticamente idéntica a la de los últimos ejercicios. Se ha incorporado como novedad únicamente un epígrafe dedicado a las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas para reflejar su actividad en la materia. Esta estructura permite que el *Anuario* sea útil a todos los que, por distintos motivos y llevados por diferentes preocupaciones, se aproximan a los temas de competencia.

Como en años anteriores, 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*.

UNAS BASES SÓLIDAS PARA ACOMETER LA REFORMA

DEBIDO A SOLANA GONZALEZ

Realista y profesionalmente independiente

PRIMERA PARTE

I. INTRODUCCIÓN ESTUDIOS

El pasado 20 de mayo el Vicepresidente de los Estados Unidos y Ministro de Economía y Hacienda presentó públicamente un informe en el que se refiere al Sistema Español de Defensa en un momento de una perspectiva política respecto al futuro. El informe se refiere a un momento del actual período que afecta de considerable importancia a la política.

Desde que el primer ministro del Líbano, el Sr. J. Beyrouti, en un momento importante del sistema que se venía desarrollando en el mundo, se refirió a la Ley de Defensa en el momento de su visita a España, desde que es el momento oportuno de hacer un estudio de los problemas de los Estados Unidos y de las relaciones de estos con el mundo.

Este análisis se pretende ser un estudio de los problemas de los Estados Unidos, basado en la política personal respecto a la defensa de los Estados Unidos y de la competencia en esta disciplina. Como se sabe, la política de los Estados Unidos respecto a la defensa es un problema de gran importancia. Se cree que la política de los Estados Unidos respecto a la defensa es un problema de gran importancia. Se cree que la política de los Estados Unidos respecto a la defensa es un problema de gran importancia.

Este análisis será un estudio de los problemas de los Estados Unidos, basado en la política personal respecto a la defensa de los Estados Unidos y de la competencia en esta disciplina. Como se sabe, la política de los Estados Unidos respecto a la defensa es un problema de gran importancia. Se cree que la política de los Estados Unidos respecto a la defensa es un problema de gran importancia. Se cree que la política de los Estados Unidos respecto a la defensa es un problema de gran importancia.

UNAS BASES SÓLIDAS PARA ACOMETER LA REFORMA

Gonzálo SOLANA GONZÁLEZ

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 20 de enero el Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda presentó públicamente el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia. Esta presentación pública supuso el pistoletazo de salida de la reforma del actual modelo, que habrá de concluir con la aprobación de una nueva ley.

Dado que el planteamiento del Libro Blanco anticipa un cambio muy importante del sistema que ha venido funcionando en nuestro país desde la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, creo que es el momento oportuno de hacer balance de algunos de los logros más importantes de este sistema, cuyos días parecen contados.

Este análisis no pretende ser omnicompreensivo, sino, simplemente, basado en la reflexión personal respecto a lo que ha significado la defensa de la competencia en esta década y media de aplicación de la Ley actualmente vigente. Estoy seguro que podrían analizarse otras variables y decirse muchas más cosas, pero mi intención se limita a hacer una valoración global del modelo actual que sea un útil punto de partida para afrontar el proceso de reforma en el que estamos inmersos.

Esta valoración estará centrada y clasificada en cinco grandes áreas. En primer lugar, trataré de analizar cómo ha cambiado la percepción que la sociedad española tiene de la defensa de la competencia. De una etapa en la que esta materia era prácticamente irrelevante se ha pasado a otra en la que muchas empresas ubican el impacto en términos de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia como una de las variables claves a analizar y en la que el conjunto de la sociedad valora positivamente los efectos, en términos del interés general, de contar con un sistema que defienda el funcionamiento competitivo de los mercados como se

pone de manifiesto por el interés mostrado por los partidos políticos, el mundo universitario o los medios de comunicación.

En segundo lugar, me gustaría abordar uno de los temas que más críticas ha suscitado: la independencia del modelo. Mi intención es plantear algunas reflexiones que sirvan para aclarar un debate que, desde mi punto de vista, muy a menudo, se desorienta por el uso erróneo de conceptos (por ejemplo, la confusión entre la independencia de las instituciones y la independencia del modelo) o la ausencia de conocimientos detallados sobre las competencias atribuidas a las instituciones administrativas encargadas de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia.

En tercer lugar, abordaré una de las cuestiones que, desde mi punto de vista, ha desempeñado un papel más importante a la hora de dotar de credibilidad a nuestro sistema, tanto ante el conjunto de la sociedad como ante el resto de autoridades de los Estados miembros. Me refiero a la capacidad que ha mostrado el modelo para actuar conforme a sus principios en unos mercados en los que se han producido profundos y rápidos cambios.

Y, por último, comentaré brevemente uno de los aspectos más importantes para medir objetivamente la calidad de las actuaciones de las autoridades administrativas como es el de los resultados de la revisión judicial de las mismas.

Como señalaba anteriormente, han sido más de quince años de aplicación práctica de la Ley de Defensa de la Competencia que se han plasmado en alrededor de 1.500 resoluciones recurribles ante la Audiencia Nacional y que, por ello, se han visto sujetas a la prueba de calidad derivada del control de legalidad propio de la revisión judicial.

2. LA MADUREZ DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

El primer tema que me gustaría abordar es el relativo al nivel de madurez alcanzado por la defensa de la competencia en España.

Hay muchos síntomas que corroboran el nivel de madurez alcanzado por la defensa de la competencia en España. A modo de ejemplo, me gustaría recordar sólo algunos de ellos.

Uno de los más intangibles pero, al mismo tiempo, más relevantes es el que tiene que ver con la propia actitud de los agentes económicos respecto a sus responsabilidades y obligaciones en esta materia.

En este sentido, hace no demasiado tiempo era habitual escuchar declaraciones públicas de directivos de empresas alardeando «de lo bien que se lleva su empresa con la competencia» o «de que los problemas del

sector se solucionan reuniéndonos y repartiendo la parte del mercado que le corresponde a cada uno».

En esa época se consideraba normal la convivencia pacífica entre los distintos agentes de un mismo sector y la competencia se identificaba con un elemento de distorsión que daba pie a comportamientos comerciales agresivos, incompatibles con la «vida tranquila» a la que aspiraban numerosos directivos y empresas.

Sin embargo, hoy día no encontramos con tanta frecuencia comentarios de ese tipo. Eso no quiere decir, por supuesto, que no existan situaciones de colusión entre competidores, pero lo más importante es que la percepción ha cambiado sensiblemente. Mientras hace un par de décadas lo normal era aspirar y alardear de esa «vida tranquila», dado que la lucha propia de situaciones de mercado en libre competencia conllevaba connotaciones peyorativas, hoy día prevalecen los criterios de competencia en los mercados. Y la sociedad, además de la Ley, sanciona el comportamiento colusorio como contrario al bienestar general y, por tanto, éste se ve penalizado no sólo en base a las normas vigentes, sino también socialmente.

Esta mayor sensibilidad se refleja igualmente en las mayores dificultades que encontramos las autoridades de defensa de la competencia para detectar evidencias de acuerdos colusorios suficientes para declarar las infracciones legales correspondientes. Esta circunstancia, en parte, explica la pérdida de eficacia de nuestras actuaciones en la lucha contra los cárteles durante los últimos años, que, sin duda, se ha convertido en una de las debilidades más importantes del actual modelo y que requiere una rápida y eficaz solución dados los efectos perniciosos que tienen estas prácticas para el bienestar de la sociedad.

En cualquier caso, se puede afirmar que a día de hoy la mayoría de la sociedad comparte los efectos beneficiosos de la defensa de la competencia. La competencia ha pasado de ser algo ajeno a los intereses públicos a convertirse en un elemento indispensable para el bienestar general en el marco del funcionamiento de nuestra economía de mercado.

Al hilo de esta mayor conciencia social favorable a la defensa de la competencia aparece el segundo de los síntomas definitorios de su nivel de madurez. En las pasadas elecciones generales, los dos principales partidos políticos (Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español) incluyeron en sus respectivos programas la necesidad de potenciar el sistema a través de reformas legislativas y del fortalecimiento de las instituciones encargadas de aplicar la Ley.

Esta realidad ponía de manifiesto que el debate entre los partidos puede surgir respecto a la manera de proceder al fortalecimiento del sistema, pero no sobre su necesidad. Por otro lado, esta situación, que es especialmente relevante en el caso de los dos principales partidos políticos, puede

decirse que se extiende al resto del arco parlamentario español, dado que ningún otro partido se ha manifestado en contra de la puesta en marcha de dicho fortalecimiento con la publicación del Libro Blanco para la reforma del modelo por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, al menos en la fase de información pública.

De esta creciente relevancia se hacen eco también otros ámbitos de la sociedad, como el universitario. Cada vez es más habitual encontrar departamentos especializados de universidades o escuelas de negocios que se ocupan de tratar estos asuntos.

Iniciativas como el Observatorio de Competencia del Instituto de Empresa, la Cátedra de Derecho y Economía de la Competencia de la Fundación ICO y la Universidad Antonio de Nebrija o las del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, de la Universidad de Barcelona o de la Universidad de Vigo han surgido en estos últimos años, creando una base de profesores y catedráticos universitarios dedicados a estudiar en profundidad estas cuestiones y a fomentar el debate sobre aspectos teóricos de gran trascendencia para la aplicación práctica de la defensa de la competencia.

Este interés del mundo académico por la defensa de la competencia era habitual en la mayor parte de países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Reino Unido o Estados Unidos), pero prácticamente ajeno a España hasta hace escasos años, dado que se identificaba como una rama menor del Derecho administrativo, el Derecho mercantil o la Organización Industrial.

Y este mayor interés del mundo académico no es baladí, sino que ya estamos siendo testigos de algunos de sus potenciales frutos.

Por un lado, como señalaba anteriormente, mediante el enriquecimiento de los debates y el surgimiento de nuevas cuestiones teóricas para el análisis.

Y, por otro lado, con el surgimiento cada día de nuevos abogados y economistas especializados en esta materia. Ya es habitual observar cómo los principales despachos de abogados, españoles y extranjeros, presentes en nuestro país cuentan con equipos de expertos en estos asuntos. Al mismo tiempo, cada día aparecen nuevas consultoras de economistas especializados en esta materia.

Esta realidad es indudablemente determinante para que las empresas estén correctamente asesoradas y sepan prever las consecuencias de sus actuaciones en términos del cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas de defensa de la competencia.

Existe un último campo de la sociedad en el que también se encuentran síntomas de esta mayor conciencia de la relevancia de la defensa de la competencia. Me refiero al ámbito de los medios de comunicación.

Hoy día los medios de comunicación, y en especial la prensa escrita diaria, hacen un seguimiento exhaustivo y detallado de todas las actuaciones de las instituciones de defensa de la competencia tanto españolas como comunitarias. No es más que el reflejo de los intereses de la sociedad y las empresas por estos temas.

Cada uno de estos ámbitos, el consenso de los partidos políticos a favor de fortalecer el sistema de defensa de la competencia, la creación de departamentos específicos en las universidades y escuelas de negocios, la existencia de abogados y economistas especializados en esta materia o el seguimiento dado por los medios de comunicación, son las piezas que completan el puzzle actual que refleja una conciencia social que reconoce el valor de la defensa de la competencia para el interés general.

Esta creciente conciencia social, extendida a todos los ámbitos, es consecuencia indudable del papel que la Ley de Defensa de la Competencia ha jugado en los últimos quince años.

Desde la entrada en vigor de la Ley en 1989, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto más de 1.500 expedientes relacionados con la persecución de las conductas prohibidas, ha emitido alrededor de 100 informes sobre operaciones de concentración empresarial, así como un elevado número de dictámenes relativos a la apertura de grandes superficies en aplicación de la competencia reconocida por el art. 25.e) LDC y de recomendaciones de revisiones legislativas para su adaptación a los principios de la libre competencia.

Esta actuación no sólo puede calificarse como amplia respecto al número, sino que también lo debe ser respecto a los sectores económicos, prácticas analizadas y tipos de agentes involucrados.

Los expedientes e informes abarcan prácticamente todos los mercados de la actividad económica aunque se observa una presencia destacada de aquellos que en los últimos años se han sometido a importantes procesos de liberalización desregulación o reestructuración empresarial, como, por ejemplo, telecomunicaciones, energía, servicios financieros, servicios postales, farmacéutico, transporte o colegios profesionales.

Respecto al tipo de conductas, las actuaciones del Tribunal también han abarcado una amalgama variada de tipos de abusos de posición de dominio, conductas colusorias o prácticas desleales.

En este caso se observa igualmente una presencia destacada de algunos tipos de prácticas especialmente dañinas para el funcionamiento competitivo de los mercados, como, por ejemplo, los acuerdos para la fijación de precios o el reparto de mercados o las conductas abusivas basadas en la negativa de acceso a infraestructuras esenciales o en la exigencia de condiciones distintas para prestaciones equivalentes.

Por último, también ha sido muy variado el tipo de agentes económicos involucrados en los expedientes analizados por el Tribunal. En este sentido, la presencia de expedientes relacionados con grandes, medianas y pequeñas empresas, profesiones liberales, colegios profesionales, asociaciones empresariales e, incluso, Administraciones Públicas pone de manifiesto que esta materia no es exclusiva de las grandes multinacionales, sino que todos aquellos operadores económicos que participan en los mercados deben someterse a y respetar las reglas de la competencia.

De esta forma, el sistema ha tenido ya la oportunidad de hacer frente a todo tipo de prácticas y agentes en muy diversos mercados de la actividad económica española, siendo respetuoso con los principios básicos de los procedimientos sancionadores administrativos, así como con la jurisprudencia en esta materia de los Tribunales comunitarios y las actuaciones de la Comisión Europea.

Y éste es otro síntoma más de la madurez del modelo español. El sistema ha sabido homologarse con el devenir de los años al del resto de Estados miembros de la Unión Europea igual que lo han hecho nuestra sociedad, nuestro marco normativo o nuestra economía desde la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986.

Junto a esta homologación también ha jugado un papel destacado el elevado grado de transparencia y la profunda fundamentación de las actuaciones del Tribunal.

Como es indudable, y por imperativo legal, todas las actuaciones de la Administración Pública deben estar suficientemente motivadas y razonadas, pero, al mismo tiempo, no es habitual encontrar un nivel de motivación similar al de las actuaciones del Tribunal en otros organismos administrativos.

Probablemente por su origen como Tribunal judicial, sus decisiones adoptan una forma y estructura similar a las sentencias judiciales, por lo que los administrados conocen plenamente el razonamiento jurídico y económico llevado a cabo, el uso de los precedentes y la ponderación de los distintos elementos previstos por la normativa y la jurisprudencia aplicable a cada caso.

Esta exhaustiva fundamentación se ve completada, en cuanto a la transparencia del modelo, con la publicación íntegra en la página de Internet de todas las decisiones adoptadas por el Tribunal.

Todo ello nos lleva a la necesaria conclusión de que tanto la defensa de la competencia como el modelo aplicable en España desde 1989 han alcanzado un elevado nivel de madurez, con un reconocimiento social generalizado. Por lo tanto, se puede decir que las bases para poner en marcha un proceso de reforma y modernización del sistema están sólidamente fijadas.

3. EL TEMA DE LA INDEPENDENCIA

Un segundo tema que me gustaría abordar en este artículo es el relativo a la independencia del modelo. Se trata de un asunto recurrente en las críticas al modelo actual que considero importante ubicar correctamente.

En primer lugar, es necesario partir de una aclaración de conceptos. Es habitual escuchar críticas, no sólo de no expertos en esta materia, a la falta de independencia de la defensa de la competencia en España que no diferencian, y que de hecho utilizan indiscriminadamente, los conceptos de independencia del modelo e independencia de las instituciones.

Cualquier análisis riguroso sobre esta cuestión debe partir de esta necesaria diferenciación conceptual.

A. LA INDEPENDENCIA DE LAS INSTITUCIONES

Por ello y comenzando por el análisis de la independencia de las instituciones en el actual sistema español de defensa de la competencia, lo primero que cabe decir es que la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) sólo exige esta independencia al Tribunal.

Efectivamente, mientras el art. 20 LDC señala que el Tribunal *«ejerce sus funciones con plena independencia»* no encontramos una afirmación similar en el Capítulo II del Título II de la Ley dedicado al Servicio de Defensa de la Competencia.

Por tanto, la Ley ya establece una primera diferenciación: el Servicio de Defensa de la Competencia es un departamento, *«integrado en el Ministerio competente por razón de la materia»*, al que no se exige independencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia es un organismo autónomo que debe ejercer *«sus funciones con plena independencia»*.

Llegados a este punto, el análisis de la independencia institucional debe centrarse en el Tribunal y la pregunta a hacerse puede ser la siguiente: ¿garantiza suficientemente la Ley que el Tribunal ejerza sus funciones con plena independencia?

La actual Ley busca garantizar este ejercicio independiente de sus funciones a través de varios instrumentos. El primero de ellos es la propia inserción de la frase del art. 20.1 LDC en la que se señala que el Tribunal ejerce sus funciones de manera independiente. De no hacerlo así, estaría infringiendo la Ley.

Indudablemente, esta previsión legal no es suficiente para garantizar la independencia de la institución, pero supone una base adecuada en la

medida que asocia la falta de independencia a la ilegalidad de las actuaciones.

Adicionalmente, la Ley incluye otros elementos encaminados a garantizar el funcionamiento independiente del Tribunal.

Entre ellos, la Ley prevé causas tasadas de cese y suspensión del ejercicio de los cargos de Presidente, Vicepresidente y Vocales del Tribunal que imposibilitan que, de forma arbitraria y discrecional desde el Gobierno, se adopten medidas de castigo personales frente a decisiones no satisfactorias para sus intereses.

Existe otro elemento en esta misma línea, como es el reconocimiento de mayor autonomía en la gestión financiera y humana del Tribunal, que se deriva de la aprobación del Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal.

Este Estatuto reconoce en su artículo primero que el Tribunal tiene una *«personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar»*. Este reconocimiento se desarrolla, posteriormente, en el Capítulo V del Real Decreto en el que se incluye el régimen legal que regirá la contratación, la gestión del patrimonio y del inventario y los recursos económicos que dispone el Tribunal.

Respecto a estos últimos, el art. 21.2 del Real Decreto reconoce por primera vez que el Tribunal contará con una fuente de ingresos propia que estará constituida por *«el 50 por 100 de la recaudación obtenida por la tasa por el análisis y estudio de las operaciones de concentración»*.

Dado que otra vía potencial para obstaculizar el funcionamiento independiente de una institución puede derivarse de la falta de autonomía presupuestaria o de gestión financiera y de equipos humanos, este Real Decreto supone un avance significativo a la hora de garantizar que las competencias en materia de gestión no menoscaben el ejercicio independiente de las funciones del Tribunal.

La Ley busca garantizar la independencia del Tribunal, igualmente, estableciendo un régimen de incompatibilidades para los miembros del Pleno. El art. 22.1 LDC exige que el Presidente y los Vocales del Tribunal ejerzan *«su función con dedicación absoluta»* y sometidos a *«las incompatibilidades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración del Estado»*.

Mediante la exigencia de plena dedicación de los miembros del Pleno del Tribunal y su sometimiento al régimen de incompatibilidades previsto para los altos cargos de la Administración, la Ley refuerza aún más el comportamiento independiente del Presidente y los Vocales del Tribunal.

La independencia debe ser la piedra angular sobre la que se asiente la toma de decisiones en una intervención que pretende proteger un valor consustancial a cualquier economía de mercado como es la libertad de empresa y la existencia de condiciones apropiadas de competencia efectiva en los mercados, por lo que la búsqueda de mecanismos adecuados para preservarla es fundamental.

Por ello, debe ser perseguida con la máxima decisión cualquier actuación que no se base en esta máxima, pero también debe evitarse cualquier insinuación falta de las pruebas apropiadas que dude de este principio porque pone en peligro la credibilidad de las instituciones, que es un factor clave del nivel de desarrollo de un país.

B. LA INDEPENDENCIA DEL MODELO

El segundo plano de esta cuestión se centra en el análisis de la independencia del modelo. En este caso, el análisis se puede realizar, de nuevo, desde varias vertientes. En primer lugar, la independencia del modelo garantizada por la adecuada separación de las fases de instrucción y de resolución. En segundo lugar, la independencia del modelo en lo relativo a la independencia de las respectivas fases de instrucción y resolución en los expedientes sobre conductas prohibidas. En tercer lugar, la independencia del modelo respecto al control de concentraciones. Y, en cuarto lugar, la independencia del modelo medida en base a las competencias asignadas al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Respecto a la primera vertiente, la separación de las fases de instrucción y de resolución, no sólo temporalmente o con procedimientos distintos previstos en la Ley, sino, sobre todo, mediante el otorgamiento de dichas competencias a distintos organismos administrativos: el Servicio de Defensa de la Competencia, en el primer caso, y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el segundo, está suficientemente garantizada en el actual modelo español de defensa de la competencia.

De hecho, ésta es una de las principales fortalezas, reconocidas de forma generalizada, de nuestro sistema. La adecuada separación de estas dos fases en dos instituciones distintas, sin vinculación alguna ni prioridades jerárquicas, es una garantía de cumplimiento de este principio básico del procedimiento sancionador.

La segunda cuestión es la que ha provocado mayores críticas o recelos a la hora de reconocer la independencia del actual modelo español de defensa de la competencia.

En el caso de conductas prohibidas, el Servicio tiene la potestad para archivar una denuncia o sobreseer un expediente sancionador previamente incoado cuando considere que no existen indicios de infracción a la

Ley. A este respecto, mi opinión es que el sistema ha funcionado relativamente bien mediante el mecanismo previsto en la Sección quinta del Capítulo primero del Título III de la Ley de Defensa de la Competencia que contempla un sistema de recursos ante el Tribunal contra los actos del Servicio.

La realidad de estos últimos años muestra que el Tribunal actúa efectivamente como controlador de la legalidad de este tipo de actos del Servicio y que, en numerosas ocasiones, decide estimar los recursos planteados y devolver el expediente al Servicio para que continúe la tramitación.

A modo de ejemplo, cabe señalar que entre el año 2000 y abril de 2005 el Tribunal ha resuelto un total de 235 recursos contra actos del Servicio. De estos 235 expedientes, en 32 ocasiones se ha declarado la inadmisibilidad del recurso al no cumplirse los requisitos establecidos en el art. 47 LDC, en 8 casos se aceptó el desistimiento de los recurrentes al considerarse que no existía afectación al interés público y se archivó el caso y en otros 3 casos se declaró la caducidad del expediente o se archivó el recurso por carencia sobrevenida de objeto.

De los 192 recursos restantes, el Tribunal resolvió desestimar el recurso correspondiente en 149 ocasiones (es decir, un 77,6 por 100) y su estimación parcial o total en los 43 casos restantes (un 22,4 por 100). Este ejercicio de revisión de la actuación del Servicio se completa con los cinco casos en los que la Audiencia Nacional ha ordenado el desarchivo de las actuaciones y la continuación de la investigación.

Estas cifras dan buena muestra de que la Ley, al separar las fases de instrucción y resolución de los expedientes en organismos distintos y ubicar al Tribunal en una posición de órgano de revisión de las actuaciones del Servicio, ha sabido crear un balance institucional adecuado.

A una conclusión similar se llega al analizar la actuación del Tribunal en los expedientes sancionadores. De los 132 expedientes de este tipo resueltos por el Tribunal entre el año 2000 y abril de 2005, en 2 casos se declaró la caducidad del expediente en la fase de instrucción y en otros 2 casos se aceptó la solicitud de desistimiento realizada por el denunciante.

De los 128 expedientes restantes, en 96 ocasiones (un 75 por 100), el Tribunal declaró la infracción propuesta por el Servicio en su informe; en 26 ocasiones (un 20,3 por 100), el Tribunal consideró, por el contrario, que no estaba acreditada infracción alguna a la Ley de Defensa de la Competencia; y en los 6 casos restantes (un 4,7 por 100), el Tribunal declaró la infracción pero calificando los hechos de forma distinta a lo propuesto por el Servicio o declarando infracciones a un único artículo de la Ley en lugar de los dos identificados en el informe-propuesta del Servicio.

Otra cuestión es la relativa a la actuación de oficio para iniciar expedientes sancionadores. Frente a la exclusividad del Servicio en esta mate-

ria, la propia Ley contempla una cierta intervención del Tribunal. En efecto, el art. 25.f) LDC incluye entre las competencias del Tribunal la de «*interesar la instrucción de expedientes al Servicio de Defensa de la Competencia*».

El Tribunal ha hecho uso, en diversas ocasiones, de esta facultad intuyendo la apertura de investigaciones por parte del Servicio de Defensa de la Competencia.

Por otro lado, esta facultad se ha visto complementada por las actuaciones de algunas Comisiones reguladoras sectoriales. A modo de ejemplo, de los seis expedientes sancionadores que el Servicio inició de oficio durante los últimos meses de 2004, cuatro tenían su origen en informes-denuncias de la Comisión Nacional de Energía.

Las estadísticas ponen de manifiesto que el uso de dicha facultad ha sido bastante limitado. Las razones pueden ser diversas (falta de medios humanos y técnicos, mayor o menor voluntad política...). La madurez que ha alcanzado el modelo y la fuerte demanda de la sociedad para actuar contra las prácticas contrarias a la libre competencia hacen necesario plantearse superar esta limitación.

La situación es distinta en lo que se refiere a los expedientes sobre concentraciones empresariales. El modelo español prevé un sistema basado en tres fases, en el que la decisión definitiva es adoptada por el Consejo de Ministros.

En este caso, las críticas a la falta de independencia del sistema se centran, de nuevo, en dos cuestiones. La primera se deriva del art. 15 bis LDC que prevé que el Ministro de Economía pueda aprobar una operación de concentración en un plazo de un mes sin solicitar el informe consultivo del Tribunal de Defensa de la Competencia. En estos supuestos, que son más del 90 por 100 de los casos, no existe intervención del órgano independiente del sistema.

La segunda cuestión se refiere a que, de acuerdo con el art. 17 LDC, el Consejo de Ministros es el órgano competente para declarar la procedencia o improcedencia de las operaciones de concentración en aquellos casos en los que se haya solicitado informe consultivo al Tribunal. En estos casos sí existe intervención preceptiva del Tribunal pero sin efectos vinculantes.

No obstante su carácter consultivo, el informe del Tribunal, como se ha venido poniendo de manifiesto durante estos últimos años, es de gran relevancia para la decisión final a adoptar por el Consejo de Ministros. De hecho, sólo en seis ocasiones, de casi 100 informes remitidos al Ministro de Economía, la decisión del Consejo de Ministros se ha desviado totalmente de la recomendación hecha por el Tribunal.

Esta desviación, en cualquier caso, debe estar suficientemente motivada en criterios relativos a la defensa de la competencia, como ha seña-

lado el Tribunal Supremo en su Sentencia 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.

Así, el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Sentencia establece con rotundidad:

«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».

El último elemento que se toma habitualmente en consideración a la hora de medir el nivel de independencia del modelo de defensa de la competencia es el relativo a la capacidad del Tribunal de actuar para preservar el mantenimiento de condiciones de competencia en los mercados al margen de los instrumentos ya analizados (expedientes sancionadores o informes sobre operaciones de concentración empresarial).

En este punto considero necesario enfocar adecuadamente una posible valoración partiendo de una necesaria distinción previa entre las actuaciones del organismo y las competencias al mismo otorgadas por la legislación. Y ello es así porque, en muchas ocasiones, tanto desde los medios de comunicación como desde distintas instancias de la Administración Pública o de asociaciones empresariales, se exigen actuaciones al Tribunal para las que la Ley no ha otorgado las competencias necesarias.

De hecho, en los últimos años el Tribunal ha visto mermadas sus competencias en materia de promoción de la competencia en los mercados. Así, la reforma legislativa de 1999 privó al Tribunal de la posibilidad de informar los anteproyectos de ley de los que pudieran derivarse efectos sobre el comportamiento competitivo de los mercados. El art. 26.3 LDC limita esta intervención a los proyectos o proposiciones de ley por los que se modifique o derogue la Ley de Defensa de la Competencia, así como los proyectos de normas reglamentarias que lo desarrollen.

Sin embargo, tras la modificación hecha por el art. 17 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, el art. 31.i) LDC sí reconoce al Servicio de Defensa de la Competencia la competencia de «*informar los anteproyectos de normas que afecten a la competencia*».

Desde mi punto de vista, ésta es una crítica razonable a hacer al sistema. Sería más lógico que fuera el órgano independiente el que ostentara dicha competencia. En cualquier caso, esta solución parece apuntada ya en el Libro Blanco.

Por otro lado, en materia de ayudas públicas, si bien el art. 19 LDC permite al Tribunal que de oficio proponga a los poderes públicos competentes la supresión o modificación de los criterios de concesión de ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia en los mercados, la realidad es que no se ha diseñado un mecanismo mediante el cual el Tribunal pueda tener conocimiento de la concesión de dichas ayudas públicas ni se ha elaborado un procedimiento específico para desarrollar esta competencia. De ello se deriva que las actuaciones hasta el momento en esta materia hayan sido reducidas.

Es indudable que la Ley de Defensa de la Competencia otorga al Tribunal herramientas para supervisar las condiciones de competencia en los mercados al margen de los expedientes sancionadores o el control de concentraciones, como son las previstas por los arts. 2.2 y 26.1 LDC, pero éstas no son tan amplias como se han pretendido ver.

En cualquier caso, el Tribunal ha desarrollado una labor muy activa en esta materia al hilo, como se muestra en el apartado siguiente, de las propias necesidades de la economía española.

En un momento en que la economía española ha requerido la labor de guía del Tribunal en los procesos de liberalización y desregulación de diversos mercados, éste ha hecho uso de sus competencias en materia de informes marcando adecuadamente la filosofía a desarrollar durante esos procesos en aras a la generación de estructuras de mercado basadas en el correcto funcionamiento de la libre competencia.

4. LA ADAPTACIÓN DE LAS ACTUACIONES A LAS DIFERENTES NECESIDADES DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

La Ley dota al Tribunal de Defensa de la Competencia de diversos instrumentos para preservar las condiciones de competencia en los mercados: expedientes sancionadores, control de concentraciones y otro tipo de informes.

Cada uno de esos instrumentos tiene características propias y objetivos distintos. Mientras la potestad sancionadora reconocida al Tribunal

pretende erradicar las prácticas empresariales contrarias a la competencia a través de su prohibición, el control de concentraciones supone una restricción a la libertad de las empresas para fusionarse en aras a evitar que se produzcan modificaciones estructurales en los mercados que dañen el funcionamiento de la libre competencia.

La economía española ha pasado por etapas distintas en estos últimos quince años en las que sus necesidades, en términos del papel a desempeñar por las autoridades de defensa de la competencia, también han sido diferentes.

En este sentido, la actuación del Tribunal ha estado lógicamente condicionada, de acuerdo con las competencias asignadas por la Ley, por las necesidades de la economía española en cada momento.

Así, se distingue una primera etapa en la que la economía española se caracterizaba por estar emprendiendo intensos procesos de liberalización y desregulación sectorial.

Durante esta primera etapa, la contribución más relevante del Tribunal se centró en la elaboración de informes que fijaban las directrices que habrían de seguir los procesos de liberalización para lograr concluir exitosamente con la creación de estructuras competitivas de mercado.

Dentro de estos informes, el pionero fue el elaborado en 1993 bajo el título «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».

Este informe, más allá de establecer con rotundidad esta máxima filosófica, detallaba los beneficios que la implantación generalizada de la libre competencia en la economía española conllevaría para el conjunto de la sociedad. No obstante, no limitándose a ello, asimismo elaboraba un listado de medidas liberalizadoras destinadas a algunos de los sectores productivos de mayor trascendencia. Estas directrices han servido de base para el diseño de las políticas liberalizadoras desarrolladas en los años posteriores.

En particular, el informe contenía recomendaciones específicas para la liberalización de los sectores de las telecomunicaciones, el suelo y transportes. En el caso concreto del sector de las telecomunicaciones se in-

cluían recomendaciones que hoy parecen obvias pero que hace doce años sirvieron para marcar la senda adecuada de las reformas liberalizadoras a emprender. Me refiero, entre otras, a las siguientes recomendaciones:

- necesidad de separar a los organismos reguladores de los agentes regulados;
- necesidad de mantener el servicio universal;
- mantener un ritmo de liberalización congruente con las directivas comunitarias, o
- diseñar un sistema de tarifas que, al mismo tiempo que garantice la rentabilidad del antiguo monopolio, permita la llegada de nuevos operadores.

Esta actuación continuó en 1995 con la elaboración de otro informe de estas características, titulado «La competencia en España: Balance y nuevas propuestas», que, siguiendo la estela del 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.

Esta actuación, a favor de la promoción de la competencia, no se ha limitado a la elaboración de estos informes, sino que el Tribunal ha hecho uso en numerosas ocasiones en los últimos años de la facultad que le otorga el art. 2.2 LDC para denunciar algunas legislaciones que amparaban situaciones contrarias a la competencia en sectores tales como distribución comercial, transporte o colegios profesionales.

Durante esa primera etapa desde la entrada en vigor de la Ley de 1989, el peso de estos informes tuvo una gran trascendencia en el conjunto de la actividad del Tribunal. La cultura de la competencia no estaba tan desarrollada en nuestro país como lo estaría posteriormente, el modelo implantado por la Ley no había madurado lo suficiente, los agentes económicos no eran aún conscientes de forma plena de las obligaciones y derechos que se derivaban de la normativa de defensa de la competencia en lo relativo a sus actuaciones y, por último, el control de concentraciones no preveía aún la notificación obligatoria de las operaciones.

Todo ello provocaba que el número de expedientes relacionados con las conductas prohibidas o los informes elaborados sobre fusiones fueran menores de lo que habrían de ser en años posteriores, otorgándose mayor relevancia a la preparación de informes que guiaran el proceso liberalizador en que la economía española estaba embarcada.

Así, en los seis años posteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley (1990-1995), el Tribunal resolvió 63 expedientes sancionadores, es decir, algo más de 10 expedientes al año, frente a una media superior a los 25 expedientes anuales en el período 1996-2004.

Una tendencia similar encontramos en el caso de los expedientes de recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia. Mientras en el período 1990-1995, el Tribunal resolvió un promedio de 22 expedientes anuales de este tipo, en el período 1996-2004, esta cifra se elevó hasta más de 51 expedientes.

Lo mismo cabe decir en el caso del control de concentraciones. En este tipo de expedientes la diferencia es más obvia desde la inclusión de la notificación obligatoria de aquellas operaciones que superen los umbrales previstos en el art. 14 LDC, que se llevó a cabo a través de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre. Así, frente a una media anual de alrededor de tres informes durante el período 1990-1998, esta cifra se elevó hasta los casi diez informes anuales en el período 1999-2004.

Estas cifras muestran una clara diferenciación de dos etapas en las actuaciones del Tribunal. Una vez desarrollada la primera a través de la fijación de bases ideológicas y técnicas sólidas para afrontar los principales procesos liberalizadores y desreguladores que habrían de llevarse a cabo en los años siguientes y que la cultura de la competencia se hubiera extendido en mayor medida al conjunto de la sociedad y, en particular, a los agentes económicos, la actividad del Tribunal pasó a centrarse principalmente en la sanción de las conductas contrarias a la libre competencia y en la elaboración de informes sobre operaciones de concentración empresarial.

Esta actividad se extendió a la casi totalidad de sectores de la actividad económica, así como de tipologías de conductas contrarias a la libre competencia, en especial las derivadas de acuerdos colusorios entre competidores y los abusos de posición de dominio de antiguos monopolios.

En esta segunda etapa, la contribución de la actuación del Tribunal a la economía española debe analizarse desde una perspectiva ligeramente distinta. Los efectos beneficiosos fueron muy diversos, pero existen dos especialmente destacables.

El primero de ellos 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.

Y 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 mayor competencia en el mercado nacional.

En muchos sectores de la economía española, como señalaba en apartados anteriores, la cultura de la competencia no había hecho acto de presencia. El funcionamiento de esos sectores se caracterizaba hasta poco tiempo antes por una estructura anticompetitiva, contraria a los intereses de los consumidores, empresas y particulares, que, consiguientemente, dañaba la productividad del conjunto de la economía.

Sin embargo, a medida que maduraba el modelo, la denuncia y sanción de este tipo de prácticas contrarias a la libre competencia han permitido que las empresas y consumidores dispongan hoy día de una mejor y más variada oferta de productos y servicios, poniéndose claramente de manifiesto 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 como complemento necesario de la puesta en marcha de los procesos de liberalización y privatización de empresas públicas, así como de las actuaciones de las Comisiones reguladoras sectoriales.

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 para garantizar la libertad de acceso de nuevos operadores. 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 y, de esta forma, se ponga en peligro la consecución de los objetivos previstos en las normas liberalizadoras.

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 se convierte en 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 (telefonía fija, móvil y acceso a Internet), tabaco, energía (distribución minorista de gasolina, gas natural o electricidad) o transporte (aéreo y marítimo), 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 introdujo la notificación obligatoria para las operaciones que superen los umbrales de cuota de mercado y facturación establecidos por la Ley.

En este caso, la contribución de la actuación del Tribunal se enmarca en el proceso de reestructuraciones empresariales que han acompañado la transformación de la economía española en estos últimos años. 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.

De nuevo, al igual que en lo relativo a la persecución de las conductas prohibidas por la Ley, la actuación del Tribunal ha sido trascendente para entender la evolución del nivel de competitividad de la economía española en los últimos años.

Y en todo este proceso de adaptación de las actuaciones del Tribunal a las necesidades cambiantes de la economía española no me gustaría dejar de apuntar la evolución de su enfoque de acercamiento a las operaciones de concentración empresarial y a la persecución de prácticas prohibidas.

En los últimos años se viene observando una tendencia generalizada en la Unión Europea y en los países más desarrollados en esta materia, según la cual el análisis económico adquiere mayor relevancia en la manera de afrontar el acercamiento a los casos por parte de las autoridades de defensa de la competencia.

Como no podía ser de otra manera, la aplicación práctica de las normas que regulan el funcionamiento competitivo de los mercados debe necesariamente contemplar los principios, instrumentos y principales líneas del pensamiento económico.

De ahí que, frente a una etapa inicial en la que el análisis era predominantemente jurídico, el funcionamiento real de los mercados está exigiendo que la aplicación práctica de la normativa de competencia sepa adaptarse a cada situación concreta e identificar los daños reales que se derivan de una determinada conducta empresarial.

Este mayor énfasis del análisis económico se viene poniendo de manifiesto de muy diversas formas como, por ejemplo, a través de:

— La creación de un puesto de Economista Jefe en la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, así como en otras autoridades nacionales de la Unión Europea, encargados de usar herra-

mientas propias del análisis económico para contrastar los análisis realizados en todos los proyectos de decisión.

— La constitución de un grupo de trabajo en la Red Europea de Competencia para revisar el método de aplicación del art. 82 del Tratado CE y adaptarlo a las últimas novedades de la teoría económica.

— En el caso de Estados Unidos, la creación de la Comisión para la Modernización de las normas de competencia que prevé hacer propuestas de reformas de dichas normas para una mejor adaptación a la realidad de los mercados en temas como conductas unilaterales o las relaciones entre las normas de competencia y propiedad intelectual.

El Tribunal español de Defensa de la Competencia no ha sido ajeno a esta tendencia generalizada y en los últimos años se puede observar una creciente importancia de los instrumentos económicos en la fundamentación de las decisiones adoptadas tanto en lo relativo a las conductas prohibidas como en el control de concentraciones.

A modo de ejemplo, cabe destacar resoluciones recientes relacionadas con los sectores de telecomunicaciones (Exptes. 571/03, *Uni2/Telefónica Móviles*; 572/03, *Uni2* y *Worldcom/Vodafone*, y 573/03, *Worldcom/Amena*) o postal (Exptes. 568/03, *Asempre/Correos*, y 584/04, *Prensa/Correos*) en las que el análisis económico ha sido determinante para que el Tribunal valorase el funcionamiento real de los mercados y la racionalidad económica y empresarial que subyace a los mismos y fundamentara adecuadamente sus decisiones.

Lo mismo cabe decir en el caso del control de concentraciones. El informe relativo a la operación de absorción de Vía Digital por parte de Sogecable (Expte. C 74/02) incluye un análisis específico de las eficiencias económicas que se podrían derivar de la fusión que recoge, en buena medida, el planteamiento establecido por la doctrina de Comisión Europea y la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios.

No obstante, cabe decir que esta mayor exigencia del análisis económico en la fundamentación de las decisiones no es exclusiva del Tribunal de Defensa de la Competencia, sino que también está viniendo alentada por algunas Sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo que exigen elevar el nivel del análisis económico a la hora de considerar la existencia de determinadas infracciones a la Ley.

Nos referimos, por ejemplo, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 que anula la Resolución del Tribunal de 16 y 26 de febrero de 1999 (Expte. 375/96, *Tabacos de Canarias*). En esta Sentencia, el Tribunal Supremo exige al Tribunal de Defensa de la Competencia que, para la declaración de un abuso de posición de dominio llevado a cabo mediante una conducta basada en la venta a pérdida de determinados productos, desarrolle un nivel de análisis económico más profundo del realizado en su resolución.

Esta mayor relevancia del análisis económico está permitiendo que la aplicación práctica de la defensa de la competencia en España se acerque cada vez más a la realidad del funcionamiento de los mercados y, por lo tanto, satisfaga de forma más adecuada sus objetivos sin distorsionar innecesariamente el ejercicio de la libertad empresarial.

En fin, son diversas las formas en las que el modelo español de defensa de la competencia que surge con la entrada en vigor de la Ley de 1989 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.

El Tribunal ha sabido contribuir a esta realidad adaptándose a las necesidades cambiantes de esta etapa de transformación en función de las diferentes herramientas otorgadas por la legislación.

5. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

El art. 49 LDC establece que contra las *«resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo»*.

Es decir, en el modelo español de defensa de la competencia, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en primera instancia, y del Tribunal Supremo, en caso de recurso de casación, desempeñan un papel clave como revisores de la legalidad de las actuaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Por ello, este balance del funcionamiento del sistema español de defensa de la competencia durante estos últimos quince años no puede hacerse sin analizar el respaldo judicial que han tenido las resoluciones administrativas. Éste será un parámetro adicional adecuado, al menos más objetivo que opiniones sin un sustento empírico, para valorar el funcionamiento del modelo español durante esta década y media.

En este sentido, las cifras hablan por sí solas. Desde la entrada en vigor de la Ley hasta el 13 de mayo de 2005, el Tribunal de Defensa de la Competencia había dictado 1.431 resoluciones recurribles ante la Audiencia Nacional, de las que sólo 395 fueron efectivamente recurridas (un 27,6 por 100).

De estas 395 decisiones recurridas, en 251 ocasiones (el 63,5 por 100) ya hay un pronunciamiento judicial firme con los siguientes resultados: en 214 casos (un 85,3 por 100) se ha producido una confirmación de la decisión del Tribunal, en 17 casos (un 6,8 por 100) el pronunciamiento

judicial ha anulado parcialmente la decisión del Tribunal y en los 20 casos restantes (un 8 por 100), la anulación ha sido total. Es decir, la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo sólo han anulado, parcial o totalmente, 37 decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia de las 1.431 dictadas recurribles desde la entrada en vigor de la Ley.

Se trata de cifras suficientemente elocuentes para señalar con contundencia que los órganos judiciales han refrendado la actuación de las autoridades administrativas de defensa de la competencia.

Esta sensación se confirma si profundizamos en el análisis de las 37 decisiones del Tribunal anuladas parcial o totalmente. De estas 37 sentencias anulatorias; 28 corresponden a expedientes sancionadores; 6, a recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia, y las 3 restantes, a expedientes sobre medidas cautelares.

Y ahondando más en el análisis comprobamos que de las 28 sentencias anulatorias que corresponden a expedientes sancionadores resueltos por el Tribunal, en 13 casos (46,4 por 100) la decisión judicial confirma la decisión de fondo del Tribunal y se limita a reducir o anular la multa impuesta por éste (en 3 ocasiones se elimina completamente la multa y en las 10 restantes, la multa simplemente se reduce).

En los otros 15 casos, las sentencias de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo anulan la decisión del Tribunal aduciendo diversos motivos, entre los que destacan: la falta de prueba sobre la afectación del mercado, la insuficiente acreditación de la infracción, la falta de aptitud para falsear la competencia, la existencia de confusión normativa o la prescripción de la infracción durante la fase de instrucción.

En fin, por lo que se refiere a la experiencia en la revisión judicial de las actuaciones del Tribunal, creo que puede concluirse que el modelo ha funcionado razonablemente bien en estos años.

Otra cuestión es la duración de los procedimientos en esta fase de revisión judicial, que se antoja excesivamente dilatada para las necesidades de los mercados.

En los últimos años tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han hecho un esfuerzo decidido por reducir los plazos en los que se dictan sentencias en materia de defensa de la competencia. De hecho, se ha logrado pasar de un plazo promedio en el período 1996-2002 de tres años y medio en la Audiencia Nacional que se podían extender hasta los ocho años en caso de plantearse recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a promedios actuales de alrededor de dos años ante la Audiencia Nacional y menos de cinco años en los casos que llegaban a la instancia del Tribunal Supremo.

Es indudable que se trata de un avance extraordinario, pero que, teniendo en cuenta las características de estos procedimientos y los efec-

tos de las infracciones que se analizan, debería tratar de hacerse un esfuerzo adicional para recortar aún más dichos plazos.

En este sentido, la reforma llevada a cabo en Italia hace tres años a través de la cual se fija un procedimiento especial para la resolución de los recursos contencioso-administrativos presentados contra decisiones de la autoridad italiana de competencia y otros organismos reguladores (similares a la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en nuestro país) ha permitido que el Tribunal Administrativo del Lazio esté dictando sentencias sobre estos asuntos en un plazo promedio de seis meses.

6. CONCLUSIONES

La defensa de la competencia afronta una etapa de gran trascendencia para su desarrollo futuro fruto de la puesta en marcha del proceso de reforma tras la publicación del Libro Blanco el pasado 20 de enero.

Esta reforma prevé culminar con la aprobación de un nuevo texto legal que incluya numerosas novedades respecto al sistema que ha estado vigente desde 1989. Novedades que afectan tanto al diseño institucional del modelo, como a cuestiones sustantivas y procedimentales de gran trascendencia para su eficacia.

El momento de la reforma es oportuno y el planteamiento general de la misma, incluido en el Libro Blanco, parece correcto. No obstante, para encarar este proceso de forma adecuada es importante no olvidar cómo ha evolucionado el modelo español de defensa de la competencia creado en estos últimos años para, de esta forma, ser conscientes de la situación de partida desde la que afrontar la reforma.

Creo que la valoración global ha de ser necesariamente positiva. El modelo ha cumplido adecuadamente con el papel que ha tenido que jugar en cada etapa de la economía española. En un primer momento, acompañando y guiando los procesos de liberalización y desregulación a través de la elaboración de informes. Y, en una segunda etapa, mediante la sanción de los acuerdos colusorios y los abusos de posición de dominio, especialmente en sectores recientemente liberalizados.

Todo ello se ha logrado hacer con el máximo respeto a los principios básicos del procedimiento administrativo sancionador, así como a la exigencia legal de independencia en la fase de resolución. Como parámetro objetivo de calidad, el elevado nivel de confirmación judicial de las actuaciones del Tribunal es suficientemente elocuente del correcto funcionamiento del modelo en estos años.

No obstante, existen razones para proceder a una revisión del mismo. En primer lugar, como consecuencia de las debilidades mostradas por la

experiencia en la aplicación práctica de la Ley de 1989, entre las que destacan la poca eficacia en la lucha contra los cárteles, el bajo nivel de actividad de oficio y la excesiva duración de los procedimientos.

Al mismo tiempo, la puesta en marcha del proceso de descentralización en nuestro país tras la entrada en vigor de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, y la implementación del paquete de modernización de las normas comunitarias, liderado por el Reglamento 1/2003, plantean retos de gran trascendencia para cuya respuesta se hace necesario proceder a una adaptación del sistema.

Por último, tampoco el modelo debe ser ajeno a la necesidad de contar con mayores medios para afrontar adecuadamente la creciente complejidad de las actuaciones de las autoridades. La introducción de técnicas de análisis cada día más desarrolladas exige a las autoridades de competencia disponer de los medios económicos y humanos adecuados.

Estamos indudablemente ante un momento de gran trascendencia para la defensa de la competencia en nuestro país. Por ello, considero que no debería olvidarse, y debería ser suficientemente valorada, la importante contribución del modelo vigente.

Éste ha sentado bases sólidas sobre las que se deben apoyar las reformas que requiere el sistema para seguir contribuyendo a la mejora del bienestar de nuestra sociedad.

LIBRO BLANCO, CONCENTRACIONES Y ANÁLISIS ECONÓMICO

Amadeo PETITBÒ JUAN

Ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente capítulo es poner de relieve algunas cuestiones, en mi opinión importantes, incluidas en las reflexiones relacionadas con las operaciones de concentración de empresas contenidas en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (LB)¹ presentado el pasado día 20 de enero de 2005, e incidir en la relevancia del análisis económico en los asuntos relacionados con el ejercicio de la competencia en los mercados y, específicamente, con los expedientes de concentraciones. Quede, ante todo, claro que el LB es de gran utilidad, pues, al margen de vacíos comprensibles por la falta de tradición en este tipo de informes, se presentan de forma ordenada y sistemática el conjunto de problemas relevantes que actualmente inciden en nuestra regulación de la competencia. Se trata, pues, de un buen punto de partida, útil para los profesionales y para los estudiosos. Y, sobre todo, es un ejemplo a seguir.

Resulta generalmente aceptado que el fundamento de la regulación del control de las operaciones de concentración entre empresas reside en la presunción de los efectos anticompetitivos de la operación con el correspondiente impacto sobre los competidores (reales o potenciales), proveedores, clientes y, en particular, consumidores. Sin embargo, dicha presunción no debe rechazar la posibilidad de que la operación tenga efectos positivos desde la perspectiva de la eficiencia —técnica o asignativa—.

En coherencia con dicha presunción, al amparo del objetivo de defender los intereses generales, las autoridades entienden que debe ejercerse un control administrativo y, en muchos casos, también político sobre dichas operaciones. Dicho control alcanza la posibilidad de imponer

¹ Ministerio de Economía y Hacienda, *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, Centro de Publicaciones, 2005.

condiciones e, incluso, prohibir la operación propuesta. Tal actitud, indudablemente, choca con el principio de libertad de empresa que, de esta forma, puede convertirse en una libertad limitada administrativa o políticamente, lo cual, como cualquier restricción de la libertad, exige argumentos robustos y poderosamente razonados y justificados, tanto desde el punto de vista jurídico como económico.

Las reflexiones efectuadas desde las Administraciones no consideran la posibilidad —perfectamente defendible— de la innecesaria intervención administrativa, política o judicial de las operaciones de concentración, pues se da por supuesta su justificación en aras del interés general y en la creencia de que sus beneficios superan con creces sus posibles inconvenientes. Sin embargo, un análisis de los datos y de la experiencia revela que el coste de la intervención en el campo del control de las operaciones de concentración es elevado. Por ello no debe parecer insensato que, en el marco del sistema actual, se sugiera la pertinencia de un análisis de los pros y contras de un cambio en profundidad del procedimiento.

Dado que el conocimiento de las consecuencias de una operación de concentración a medio y largo plazo es limitado y está sometido a errores de previsión, lógicamente los criterios empleados para tomar las decisiones en relación con las operaciones de concentración deben apoyarse en un conjunto de parámetros que permitan que la decisión administrativa, judicial o política que se adopte sea ajustada a Derecho y coherente con los principios del libre mercado y de la competencia, que son las referencias que deben defenderse, reduciendo a su mínima expresión el riesgo de error y sus fatales consecuencias. Cabría, incluso, la posibilidad de incluir las oportunas indemnizaciones en caso de error en las previsiones por las autoridades administrativas, judiciales o políticas.

No debe quedar al margen de las presentes consideraciones que, en los exámenes de las operaciones de concentración, las autoridades deben resolver en el presente una conducta que supone cambios estructurales cuyos efectos tendrán lugar en un futuro cuya realidad se desconoce, especialmente en mercados dinámicos y cambiantes como los correspondientes a las actividades de la nueva economía, en los que las nuevas tecnologías y las nuevas inversiones pueden tener un impacto determinante sobre las estructuras de los mercados y las conductas empresariales, especialmente en ausencia de barreras de entrada.

En esta situación, la elección y cuantificación de las variables relevantes y cualesquiera elementos de referencia empleados deben apoyarse, al menos, en la información conocida, en la que pueda conocerse, en la utilización del análisis económico y en la investigación precisa del pasado relevante de las empresas interesadas en la operación.

Con estas preocupaciones como referencia, en el presente apartado se efectuará un somero repaso del análisis realizado en el LB sobre la situación actual en relación con las operaciones de concentración y, también,

de sus propuestas, añadiéndose una breve reflexión —forzosamente general— acerca de la necesidad de utilizar el análisis económico para tomar decisiones acerca de los efectos de las operaciones de concentración sobre los mercados relevantes afectados por las mismas. Se concluirá con unas consideraciones finales.

2. LAS REFERENCIAS GENERALES DEL LIBRO BLANCO

Desde hace décadas, la tradición de la economía industrial ha utilizado los ejemplos del control de concentraciones para discutir acerca de sus efectos y eficacia². Por ello, un repaso de la literatura económica no permite sostener, como hace el LB, que, «en general, el control de concentraciones es un instrumento relativamente novedoso en los distintos regímenes de defensa de la competencia». Hecha esta salvedad, sí puede aceptarse el punto de partida del LB en relación con el hecho de que las operaciones de concentración³ se refieren «a cambios permanentes en la estructura de control de las empresas, adoptándose un criterio cualitativo de control que, más allá de una determinada participación en el capital o en los órganos de administración de una empresa, viene dado por la posibilidad de ejercer una influencia significativa sobre sus principales decisiones». Dicha afirmación combina dos hechos que deben ser considerados simultáneamente: por una parte, la posibilidad de que la operación incida de forma significativa sobre las decisiones de la empresa resultante, y que el cambio sea permanente, es decir, no temporal. Y, por otra parte, a una «modificación estable de la estructura de control de las empresas». En otros términos, la noción de concentración incluye la creación de una empresa en participación⁴ y comprende la consideración del ejercicio de «plenas funciones» o el carácter concentrativo o cooperativo de la operación.

En su detallado análisis de las referencias que los autores del LB consideran útiles para la redacción de propuestas de reforma destacan las siguientes:

a) «En general» los países disponen de procedimientos en dos fases, con distintas posibilidades.

² Ver, por ejemplo, el art. 66 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el día 18 de abril de 1951; H. C. SIMONS, *Economic Policy for a Free Society*, University of Chicago Press, 1948; G. J. STIGLER, «Monopoly and Oligopoly by Merger», *American Economic Review*, XL (2), 1950; National Bureau of Economic Research, *Business Concentration and Price Policy*, A Conference of the Universities, National Bureau Committee for Economic Research, Princeton University Press, 1955; B. S. YAMEY, «Deconcentration as Antitrust: The Rise and Fall of the Concentration Ratio», *Rivista Internazionale di Scienze Economiche e Commerciali*, febrero 1985.

³ Fusión, toma de control de la totalidad o parte de una empresa o creación o toma de control conjunto de una empresa en común «con plenas funciones» o «carácter concentrativo», p. 65.

⁴ Fusiones, adquisiciones y estructuras de control conjunto.

b) Con excepción del Reino Unido, los principales Estados miembros (y Estados Unidos) tienen un sistema de notificación obligatoria con efectos suspensivos.

c) Casi todos los países establecen criterios cuantitativos (cifra de ventas, con distintas posibilidades, o cuotas de mercado) para determinar si las operaciones de concentración son relevantes desde la perspectiva de la defensa de la competencia⁵.

d) Se contempla la posibilidad de establecer reglas *de minimis*, lo que es sensato.

e) A pesar de que los efectos sobre la competencia de una determinada operación de concentración exigen un análisis económico detallado, en el LB se admite que los criterios de decisión⁶ incluyan un —lógicamente discutible— elevado margen de discrecionalidad: «no existe un principio incontestable que permita determinar *ex ante* qué operaciones de concentración deben ser prohibidas y cuáles no»⁷. Es cierto que no existe dicho principio pero también lo es que el análisis económico constituye una buena referencia para la discusión, como se verá más adelante.

f) Se mencionan los «*dominance test*» y «*substantive lessening of competition*» admitiendo que dicha «clasificación es extremadamente sintética», lo que es cierto, por lo que se hace referencia a «un test mixto o híbrido» empleado por la Comisión Europea, acaso confiando que pueda resolver todos los problemas.

g) Se hace referencia a la existencia de dos modelos principales: el estadounidense y el europeo. El primero, basado en la decisión de un órgano judicial sobre la base de la propuesta de un órgano administrativo. El segundo, basado en el control administrativo con decisión final por un órgano independiente o por el Gobierno⁸, incluyendo la posibilidad de veto motivado.

h) En relación con el proceso de ajuste necesario para mantener la competencia efectiva en los mercados, se hace la distinción entre la presentación de compromisos por parte de las empresas, la imposición de condiciones por parte de la Administración o un régimen mixto.

En resumen, de acuerdo con el LB, el sistema español de control de concentraciones se articula sobre la base de los siguientes principios:

⁵ En relación con los umbrales, en el caso español se consideran dos alternativas: a) la adquisición o incremento de la cuota en el mercado nacional (no en el mercado relevante) o en un mercado geográfico definido dentro del mismo de al menos el 25 por 100; y b) un volumen de ventas conjunto en España de, al menos, 240 millones de euros siempre que al menos dos de las empresas facturen en España al menos 60 millones de euros.

⁶ Autorización, prohibición o autorización con condiciones.

⁷ Aunque en nota a pie de página basa la argumentación «pariendo (*sic*) del paradigma clásico» sin hacer mención a las aportaciones modernas al respecto.

⁸ Cuestión que exige asegurar la independencia de la decisión y basarla, fundamentalmente, en criterios económicos y sólo excepcionalmente, con motivación bastante, en criterios políticos, lo que no debe excluir, en su caso, el recurso a compensaciones económicas cuando hubiera justificación para las mismas.

a) Notificación obligatoria⁹ con efecto suspensivo, previo a la ejecución de aquellas operaciones susceptibles de alterar la estructura competitiva de los mercados, con posibilidad de consulta previa.

b) Procedimiento en dos fases, caracterizado por la brevedad¹⁰ y el efecto positivo del silencio administrativo. El Ministro de Economía y Hacienda y el Gobierno ejercen el papel determinante en el procedimiento, pudiendo el Gobierno imponer condiciones —de conducta o de estructura— al final de la segunda fase¹¹.

c) Posibilidad de terminación convencional en la primera fase con la posibilidad de presentar compromisos a instancias del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH).

d) Decisión final política con control judicial¹².

e) Consideración del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) como órgano meramente consultivo.

De acuerdo con el LB, el sistema español de defensa de la competencia está marcado actualmente por tres características diferentes:

a) Se ha afianzado como un poderoso instrumento de política económica¹³.

b) No puede ser ajeno a las transformaciones de la normativa europea.

c) Debe adaptarse a la evolución del análisis económico y tomar en consideración los cambios en la estructura de los mercados y las conductas empresariales, las nuevas estrategias empresariales en mercados cada vez más integrados, competitivos y liberalizados, la progresiva privatización de empresas del sector servicios y, en mi opinión, de una importancia especial, los cambios en el paradigma económico¹⁴.

Se trata de características y deseos de futuro. Estos últimos deben ser tomados en consideración, pues, como se verá más adelante, se apoyan en los principios desarrollados por el análisis económico y tienen una importancia determinante.

3. LA VALORACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ACTUAL POR EL LIBRO BLANCO

No puedo sino compartir los «principios y objetivos de la reforma» (p. 6)¹⁵, a los que sólo añadiría, explícitamente, la minimización de los

⁹ El procedimiento supone costes para las empresas.

¹⁰ Sólo en la fase administrativa.

¹¹ Deberían tomarse en consideración las oportunas indemnizaciones cuando el control de concentraciones suponga costes sobrevenidos para las empresas.

¹² No caracterizado por la brevedad de los plazos. Por ejemplo ¿qué sentido tiene que los Tribunales revisen en el año 2002 una decisión del Consejo de Ministros del año 1994 relacionada con una operación de concentración, sometida a condiciones, decidida el año 1992, cuando las circunstancias del mercado habían cambiado de forma significativa?

¹³ Atenuada por la escasez de informes sobre reformas de la regulación ineficiente.

¹⁴ Cuestión relevante pero insuficientemente explicada.

¹⁵ Seguridad jurídica, independencia, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad, eficacia y coherencia.

costes, tanto para la Administración como, sobre todo, para los administrados, es decir, para las empresas interesadas en la oportuna operación de concentración.

Considera el LB que, a pesar de las sucesivas modificaciones de la LDC culminadas, en relación con el control de concentraciones, por el RD-L 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, cuyo balance todavía está pendiente, el actual procedimiento de control de concentraciones, que «ha ido reforzando su papel como instrumento preventivo de cambios estructurales que complementa la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia», combina fortalezas con debilidades¹⁶.

En relación con las fortalezas del sistema, en opinión del MEH, pueden citarse las siguientes:

a) La aplicación del test sustantivo o test de dominio, basado en la posible obstaculización de la competencia efectiva en los mercados afectados.

b) La consideración de la eficiencia.

c) La referencia al cambio estable de la estructura.

d) La notificación obligatoria cuando se superan los umbrales cuantitativos determinados.

e) El efecto suspensivo por su impacto sobre la eficacia «al impedir la ejecución de operaciones que obstaculicen el mantenimiento de una (*sic*) competencia efectiva...».

f) Plazos reducidos (en ausencia de recursos). La mayoría de operaciones¹⁷ se aprueban en la primera fase, enviando pocos expedientes al TDC¹⁸. Además, la mayoría de decisiones del Consejo de Ministros ha supuesto la aprobación de las operaciones de concentración sometidas a su consideración, con o sin condiciones¹⁹.

g) Transparencia²⁰.

h) Pago de tasas²¹.

i) Régimen sancionador en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros y de las obligaciones relativas a la notificación de las operaciones.

¹⁶ La valoración del procedimiento actual por el LB es positiva. En consecuencia, no se plantea un cambio radical, sino mejoras en algunos aspectos. Sin embargo, habría sido útil someter la discusión a un abanico de posibilidades más amplio con el fin de profundizar en las ventajas e inconvenientes de cada opción posible.

¹⁷ Entre el 83 y el 91 por 100 entre los años 2000 y 2003.

¹⁸ Entre el 6 y el 12 por 100 entre los años 2000 y 2003.

¹⁹ Resulta significativa la información contenida en la Memoria del SDC correspondiente al año 2003: «todas las operaciones remitidas al TDC para su informe en 2003 han sido finalmente autorizadas por el Consejo de Ministros...».

²⁰ Entendida como publicidad, lo que supone aceptar un concepto restringido de la transparencia.

²¹ Cuestión que debería someterse a una reconsideración.

En relación con las debilidades, el LB se refiere a las siguientes:

a) Insuficiente delimitación del ámbito de control. La referencia es el umbral de cuota de mercado que, de acuerdo con muchas opiniones, incluye problemas de subjetividad e ineficiencia. Sin embargo, se propone su mantenimiento por las siguientes razones:

- La cuota de mercado es un indicador del posible poder de mercado de las empresas mejor que el volumen de ventas²².
- La normativa española prevé la consulta previa para determinar si una operación de concentración supera o no el umbral de cuota de mercado.
- Los precedentes español y comunitario.
- En pocos casos se plantean dudas o conflictos derivados de la definición del mercado relevante²³.

b) En relación con el umbral del volumen de ventas, su cómputo se basa, entre otros criterios, en el concepto de grupo de empresas determinado por la Ley del Mercado de Valores que puede plantear problemas de inconsistencia en relación con las OPAS o entre los umbrales español y comunitario en caso de control conjunto.

c) Falta de instrumentos adecuados para garantizar decisiones óptimas [p. e., en relación con la independencia (matizable por la consideración de la eficiencia y la necesidad de motivar), análisis sustantivo y adecuación de las condiciones que se establezcan].

d) Carencias:

- La terminación convencional sólo se prevé en la primera fase, que, de hecho, no se aplica.

²² Pero, como se verá más adelante, es un indicador de estructura, parcial e insuficiente. Su mantenimiento como referencia se justifica si no se le atribuye más relevancia que la que tiene. La Resolución del TDC recaída en el caso Bacardí (R 362/99) pone de relieve, inequívocamente, tal como subraya el ponente, las limitaciones del coeficiente de concentración como indicador de la posible competencia en los mercados y el riesgo que supone la no utilización de los instrumentos que ofrece la moderna teoría económica de los mercados y, en particular, la consideración de las barreras de entrada, las elasticidades y las estrategias empresariales en los mercados de referencia. En consecuencia, aunque resulta consistente con el análisis económico que «una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma» pues «es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante» parece difícil sostener que «recoge importantes precisiones sobre el concepto de posición dominante». Sin embargo, la generalización del caso Bacardí es difícil, como ponen de manifiesto las siguientes cautelas: «cómo afecta al presente caso», «en el presente expediente» (FD 5); «en el presente caso» (FFDD 7 y 8), por ejemplo. En consecuencia, no parece adecuado que, con frecuencia, se apele a dicha Resolución, sin profundizar en el análisis económico, para pretender demostrar que una cuota de mercado elevada excluye necesariamente la posibilidad de abuso de posición de dominio. En unos casos, elevadas cuotas de mercado son un prelude inequívoco de posición de dominio e, incluso, de abuso; y, en otros casos, cuotas de mercado elevadas poco tienen que ver con una posición de dominio inequívoca. Solamente el análisis concreto de cada situación concreta permitirá resolver el enigma.

²³ Dicha afirmación es, en general, correcta. Sin embargo, podrá ser cuestionada si en el futuro las discusiones relacionadas con las operaciones de concentración sometidas a control utilizan con mayor intensidad el análisis económico.

- No se prevé la posibilidad de oferta de compromisos por parte de las empresas.
- No se prevé la participación activa de terceros.

e) Lagunas o rigideces:

- Rigidez de los plazos, pese a las ventajas de la brevedad.
- Ausencia de un procedimiento simplificado con falta de flexibilidad de la tasa.
- La consulta previa se limita a la consideración de los umbrales.
- Insuficiente precisión del concepto y papel de los interesados.
- Falta de sistematización del régimen de sanciones.
- Posibilidad de mejora de la capacidad de investigación en la primera fase.
- Consideración de la posibilidad de reenvío en la fase de prenotificación.

Dicho análisis, con las oportunas consideraciones, supone un excelente punto de partida para avanzar en el camino de la consideración de la utilidad de emplear el análisis económico como instrumento que permite profundizar en las discusiones relacionadas con los casos planteados ante el TDC y, sobre todo, en relación con su alcance y eventuales consecuencias.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA

Dadas las mencionadas fortalezas y debilidades, el análisis del LB y la consideración de la experiencia acumulada en los últimos años permiten destacar la propuesta de las siguientes iniciativas para reforzar los mencionados puntos débiles²⁴.

A. MEJORAR LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE CONTROL

En relación con la mejora de la definición del ámbito de control se sugieren tres propuestas. En primer lugar, una mayor precisión de la definición del concepto de concentración, incluyendo en el análisis de la operación todo tipo de empresas en participación con plenas funciones, tengan o no carácter concentrativo. En segundo lugar, una modificación del umbral de notificación basado exclusivamente en las cuotas de mercado, pues, como se verá, tan limitada consideración puede conducir a incurrir en errores relevantes. Si se suprime se reducirá significativamente el nú-

²⁴ No se prevé la inexistencia de control previo.

mero de notificaciones. Sin embargo, se sugiere, en estos casos, reconsiderar el umbral del volumen de ventas de forma que si se mantiene se complemente con algún criterio adicional como una regla de *minimis*, un procedimiento simplificador e, incluso, una tasa reducida. En tercer lugar, una alineación de la referencia al volumen de ventas con el sistema comunitario y la previsión de un mecanismo de actualización automática de las cantidades para eliminar el efecto inflación.

B. REFORZAR LA INDEPENDENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES

El LB traduce una preocupación por la independencia en la toma de decisiones. En consecuencia, sugiere que el expediente sea tramitado por el Consejo Nacional de Defensa de la Competencia²⁵, que se responsabilizará de la primera fase y de la decisión final sobre la base de criterios basados en la competencia y la eficiencia. En segundo lugar, dado que la confianza gubernamental es limitada, prevé la posibilidad de que el Consejo de Ministros pueda vetar o modificar, excepcional y motivadamente sobre la base de criterios tasados con claridad y basados en el interés general y, por tanto, en cuestiones ajenas a la defensa de la competencia, las decisiones de la Comisión. No debe olvidarse, sin embargo, que motivar no es difícil y, a pesar de que se prevé la intervención del Consejo de Ministros como algo excepcional, el mero texto legal debería tasar la excepcionalidad y reforzar la exigencia de motivación.

C. PERFECCIONAR LOS INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS Y DECISIÓN

Debe ser bienvenida la propuesta de acudir con mayor frecuencia e intensidad a las enseñanzas acumuladas procedentes del análisis económico. A partir de ahora, con los planteamientos sugeridos, las discusiones relacionadas con las operaciones de concentración incluirán el doble análisis: jurídico y económico, siendo más importante éste que aquél. En otras palabras, será necesario complementar el *test* sustantivo con consideraciones relacionadas con las eficiencias empresariales en la línea apuntada por el Tribunal Supremo en el caso Tabacos de Canarias, de 16 de febrero de 1999²⁶ o por la Comisión Europea en el caso Lagardère/

²⁵ Futura autoridad de defensa de la competencia que incluirá el Servicio y el TDC.

²⁶ En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo, en la Sentencia 30 de noviembre de 2004, recaída en el recurso núm. 915/2002, apoyándose exclusivamente en la jurisprudencia comunitaria (Decisiones Akzo y Tetrapack), concluyó que en un procedimiento sancionador «*todos los hechos que permitan integrar la conducta típica tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, de la intencionalidad, han de quedar completamente determinados, fuera de toda duda, pues cualquier duda razonable habrá de ir en beneficio de la empresa imputada*», lo que no es sino la aplicación absoluta del principio *in dubio pro reo*. Dicho principio exigirá, a partir de ahora, una mayor utilización del análisis económico cuyos efectos se extenderán a las partes interesadas y, también, a los enjuiciadores.

Natexis/VUP, de 7 de enero de 2004, en el que una operación de concentración se declaraba compatible con el mercado común y con el funcionamiento del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo²⁷. Asimismo, se considera oportuno modificar el sistema actual, basado en la imposición de condiciones, sustituyéndolo por la posibilidad de presentar compromisos y de tomar en consideración las propuestas por los interesados. El planteamiento es de indudable interés, pero desfallece cuando se hace referencia a la posibilidad de un sistema mixto de compromisos y condiciones.

D. REFORZAR LA EFICACIA Y TRANSPARENCIA DEL PROCEDIMIENTO

Cinco son las propuestas. En primer lugar, flexibilizar, ampliando, los plazos máximos en el caso de presentación de compromisos. En segundo lugar, seguir con el procedimiento de oficio y a instancia de parte, manteniendo la ausencia de plazo para la notificación y el régimen de control preventivo, de forma que la operación deba ser notificada antes de su ejecución. Sin embargo, podría ser conveniente flexibilizar el régimen de suspensión; en particular, en el caso de OPAS con el fin de minimizar los costes derivados de la publicidad de la operación para las empresas afectadas, como consecuencia de su posible impacto en las fluctuaciones del mercado de valores. En tercer lugar, mantener las dos fases de forma que el Consejo de la Comisión sería competente para: *i*) decidir la autorización en la primera fase, con o sin condiciones; *ii*) mantener el silencio positivo; *iii*) decidir el procedimiento de negociación de compromisos en la primera fase; *iv*) decidir el paso a la segunda fase de forma que el informe correspondiente actuaría como pliego de concreción de los problemas detectados en el análisis preliminar; *v*) decidir sobre las declaraciones de terceros interesados en la segunda fase; *vi*) acordar la celebración de vistas; y *vii*) adoptar la decisión final²⁸. En cuarto lugar, considerar la posibilidad de un procedimiento simplificado con un formulario específico y un informe más conciso en aquellos asuntos que no plantean problemas, considerando que «en todo caso debe preverse la posibilidad de solicitar un formulario completo, así como excepción para el procedimiento simplificado». Y, por último, reforzar el papel de los interesados, especialmente en la segunda fase, en los siguientes casos: *i*) respecto a las solicitudes de información o test de mercado, en la primera fase; *ii*) respecto a la posibilidad de presentar alegaciones al docu-

²⁷ En la decisión de la Comisión se hace referencia al documento de J. DONCEL y M. IVALDI, *Evaluation Econométrique des Effets de la Concentration Lagardère/VUP sur le Marché du Livre de Littérature Générale*. La envergadura del estudio se pone de manifiesto si se toma en consideración que la muestra analizada incluye 9.566 observaciones. En una nota al pie de página se ofrecen algunas referencias del análisis efectuado, pero dicho análisis no se adjunta como anexo del informe.

²⁸ Autorizar, prohibir, condicionar (preferentemente sobre la base de compromisos).

mento de la Comisión que decide el paso a la segunda fase; *iii*) respecto a la posibilidad de audiencias en la segunda fase, siempre que lo soliciten las partes; y, en fin, *iv*) respecto a la posibilidad de presentar alegaciones en relación con los compromisos planteados dirigidos a obtener la autorización en la segunda fase.

E. REFORMULAR LA TASA

Aquellos operadores económicos que plantean operaciones de concentración para su examen están obligados a pagar la tasa correspondiente. La experiencia ofrece la posibilidad de reconsiderar el principio sostenido hasta el presente. En consecuencia, el LB sugiere la posibilidad de fijar una tasa fija o reducida en las operaciones de menor importancia y considerar la posibilidad de referir la tasa al volumen de ventas del negocio adquirido, lo que parece sensato.

F. REVISAR EL SISTEMA SANCIONADOR

La eficacia del procedimiento se apoya en la disponibilidad de información precisa que refleje las características de las empresas interesadas y las condiciones del mercado o de los mercados afectados. Cualquier suministro inadecuado de información se traduce en costes por parte de la Administración, que, en definitiva, recaen sobre los ciudadanos. En consecuencia, se establece la posibilidad de incluir un régimen sancionador, que debe estar debidamente tasado, en el caso de suministro de información falsa, pudiendo incluir la posibilidad de publicidad de la sanción, lo que también parece sensato.

G. OTRAS CUESTIONES

Asimismo, el LB incluye otras cuestiones, tales como la posibilidad de ampliar el ámbito de consulta previa; abrir la posibilidad de solicitar informes a otros órganos de las Administraciones Públicas (del Estado, Comunidades Autónomas, Comisión Europea, autoridades de los Estados miembros), con posibilidad de suspender plazos; incorporar las novedades del Reglamento 139/2004 en relación con el mecanismo de reenvíos, y, por último, revisar el formulario de notificación, lo que parece necesario.

5. EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES NO PUEDE SER AJENO AL ANÁLISIS ECONÓMICO

Las cuestiones apuntadas suponen avances en relación con la situación actual. Sin embargo, no pueden —ni deben— olvidarse las enseñan-

zas del análisis económico, pues es precisamente dicho análisis²⁹ el instrumento que permite poner de relieve las fortalezas y debilidades del sistema actual de control de las operaciones de concentración.

En el actual estado de la discusión, escasa e insuficiente, la mejor forma de poner de manifiesto algunas cuestiones relevantes que deberían haber sido objeto de análisis o, al menos, de consideración en el LB, sea la utilización de un modelo económico simple pero robusto, que refleje que la consideración de las cuotas de mercado, aunque necesaria como primera aproximación, es, a todas luces, insuficiente³⁰.

Las referencias de dicho modelo son:

- a) Las situaciones de monopolio no legal son escasas.
- b) El caso normal refleja mercados constituidos por un número reducido de empresas (variable según los mercados) con cierto poder de mercado —en ocasiones relevante— rodeadas de un número más o menos elevado de empresas de menor dimensión, sin capacidad para influir de forma decisiva, durante un período suficiente de tiempo, en el mercado. Dicho poder de mercado puede ser el resultado de dos tipos de conductas: *a'*) mejor eficiencia o/y *b'*) una o varias operaciones de concentración. Las barreras de entrada y de salida sostienen dicha situación.
- c) Desde la perspectiva del análisis económico y del Derecho de la competencia, el interés por el análisis de las situaciones de poder de dominio reside en el hecho de que concede a las empresas poderosas la posibilidad de mantener los precios por encima de los costes marginales (*C'*) durante períodos de tiempo extensos. Esto es, pueden obtener beneficios extraordinarios, hecho que no debe ser siempre rechazado, pues puede ser el resultado de la eficiencia. Sin embargo, la obtención de beneficios extraordinarios —por encima de los correspondientes a la aplicación de precios de competencia— durante períodos suficientemente extensos debe ser analizada con otra intención cuando su explicación recae en el ejercicio del poder de mercado al margen de la eficiencia³¹. No debe olvidarse que el monopolio puede ser mejor que el duopolio o el oligopolio en mercados con *C'* permanentemente decrecientes, economías de gama, demanda muy elástica o posibilidad de reducir los costes de transacción. En todo caso, el riesgo de colusión a largo plazo dentro del oligopolio es difícil, pues los miembros del oligopolio deben hacer frente a objetivos distintos de los incluidos en el eventual acuerdo oligopolísti-

²⁹ Ver, por ejemplo, J. B. BAKER y D. L. RUBINFELD, *Empirical Methods in Antitrust Litigation: Review and Critique*, American Law and Economics Association, 1999; R. J. EPSTEIN y D. L. RUBINFELD, *Technical Report. Effects of Mergers Involving Differentiated Products*, COMP/B1/2003/7 de octubre de 2004.

³⁰ Ver A. PETITBÒ, *Mercados y competencia. Efectos de la liberalización y la desregulación sobre la eficiencia económica y el bienestar*, Discurso de ingreso como Académico electo, *Real Academia de Doctors*, 1999.

³¹ Por la posible existencia de barreras de entrada, por ejemplo.

co, en ocasiones contradictorios, como, por ejemplo, maximizar el beneficio de cada miembro oligopolista o maximizar el beneficio conjunto para luego proceder a su reparto, o aquellas cuestiones relacionadas con el mantenimiento de las cuotas de mercado.

Una aproximación moderna, distinta de la comúnmente utilizada por los órganos judiciales y, en ocasiones, por el propio TDC, exige considerar los posibles efectos de una posición dominante en un mercado pertinente sobre la eficiencia. R. SCHMALENSEE³², al analizar el destacado artículo de LANDES-POSNER³³, relacionó la pérdida neta de bienestar³⁴ con el índice de Lerner, considerando que, por regla general, las empresas tienen algún poder de dominio en el mercado, aunque dicho poder sea reducido. En todo caso, desde la perspectiva de las autoridades de defensa de la competencia, la cuestión relevante no es el poder de dominio o, lo que es lo mismo, la posibilidad de fijar los precios de la empresa i por encima del C' sin que ello se traduzca en modificaciones de los precios de las empresas rivales, sino el abuso de dicha posición por sus posibles efectos negativos sobre el bienestar y la eficiencia. En este marco, debe mencionarse el interés por establecer si un oligopolio es competitivo o no.

El análisis puede resumirse suponiendo dos tipos de mercado, según sus productos sean homogéneos o diferenciados.

A. MERCADO CON PRODUCTOS HOMOGÉNEOS

Considérese, en primer lugar, el caso de un mercado cuyos productos son homogéneos.

Se supone una rama industrial formada por un número fijo de n empresas. Cada empresa produce y vende un producto homogéneo. Las empresas se comportan como precio aceptantes en los mercados de factores y de materias primas. Los costes de producción pueden variar entre empresas.

Se asume que la función de costes variables de la empresa i es cóncava ($C_i' > 0$, $C_i'' > 0$) y puede expresarse como $C_i = C_i(q_i)$, siendo C_i los costes y q_i la cantidad ofrecida por la empresa i .

Los bienes producidos se venden a otras empresas o a los consumidores finales que, al igual que las empresas de la rama industrial, se comportan como precio aceptantes. También se supone que toda la informa-

³² R. SCHMALENSEE, «Another Look at Market Power», *Harvard Law Review*, vol. 95, 1982.

³³ W. M. LANDES y R. A. POSNER, «Power in Antitrust Cases», *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981.

³⁴ Característica del ejercicio abusivo del poder de dominio.

ción relevante se incluye en la curva de demanda del mercado que toma la forma de $p = p(q)$ siendo $q = \sum_{i=1}^n q_i$ la producción total de la rama industrial y p los precios de mercado.

Bajo estos supuestos, la función de beneficios de la empresa i (B_i) puede expresarse como:

$$B_i = p(q)q_i - C_i(q_i) - F_i \text{ con } i = 1, 2, \dots, n$$

Siendo F_i los costes fijos de la empresa i .

Se supone que cada empresa elige un nivel de producción que toma en consideración los efectos que sobre el ingreso marginal (I') tiene la determinación tanto de su propio nivel de producción como del nivel de producción del resto de empresas.

Suponiendo que la función de beneficios es continua, haciendo operaciones y utilizando como apoyo los trabajos de COWLING³⁵, COWLING-WATERSON³⁶ y WATERSON³⁷, en ausencia de diferenciación del producto puede establecerse:

$$\frac{p - C_i'}{p} = \frac{s_i}{e} k_i$$

Donde:

C_i' coste marginal de la empresa i

s_i cuota de mercado de la empresa i $\left(\frac{q_i}{q}\right)$

e elasticidad precio de la demanda del mercado $e = -\frac{dq}{dp} \frac{p}{q}$

k_i conjeturas de la empresa i ante posibles reacciones de sus rivales frente a cambios en su nivel de producción

$\frac{p - C_i'}{p}$ refleja el margen precio-coste o índice de poder de monopolio de Lerner o Kalecki (L).

En una situación de equilibrio, dicho margen está directamente relacionado con la cuota de mercado de la empresa i y las conjeturas³⁸ efec-

³⁵ K. COWLING, «On the theoretical specification of industrial structure-performance relations», *European Economic Review*, vol. 8, 1976.

³⁶ K. COWLING y M. WATERSON, «Price-Cost Margins and Market Structure», *Economica*, núm. 43, 1976.

³⁷ M. WATERSON, *Economic Theory of Industry*, Cambridge UP, 1984.

³⁸ El empleo de variaciones conjeturales permite alcanzar los mismos resultados que utilizando la teoría de juegos. Al poder estimarse las variaciones conjeturales los modelos correspondientes se han empleado en trabajos empíricos. El concepto fue introducido por A. L. BOWLEY en su trabajo seminal *The Mathematical Groundwork of Economics*, Oxford University Press, 1924, al

tuadas sobre las reacciones de las empresas rivales están relacionadas inversamente con la elasticidad precio de la demanda del mercado. Las citadas conjeturas, reflejo de la interdependencia entre empresas oligopolísticas, se sitúan en el núcleo del análisis del oligopolio. De hecho, las diversas teorías del oligopolio pueden interpretarse como supuestos efectuados en torno a los valores de k_i .

Por ejemplo, si

$$k_i = 1 \quad \forall i$$

refleja el modelo de oligopolio de Cournot, que supone que la empresa i considera el nivel de output del resto de empresas como dado.

Si

$$k_i = 1 \\ k_m \neq 1 \quad \forall i \neq m$$

se obtiene la solución de Stackelberg, en la que una empresa actúa como líder y las $(n-1)$ empresas restantes actúan como seguidoras. En este caso, la empresa m establece sus conjeturas tomando en consideración las posibles reacciones de sus rivales.

Si

$$k_i = \frac{1}{s_i} \quad \forall i$$

se obtiene el ejemplo de la colusión. Cada empresa de la industria actúa sabiendo que cualquier cambio en su nivel de producción provocará una reacción de sus rivales que modificará su propio nivel de producción de acuerdo con sus cuotas de mercado. Dicha solución equivale a la conducta y resultados del monopolio. Es decir:

$$\frac{p - C_i^i}{p} = \frac{1}{e}$$

Como demuestra la evidencia empírica, los acuerdos colusivos casi siempre son frágiles. Cabe aceptar que en el caso de colusión entre operadores económicos con diferente grado de eficiencia, el acuerdo inicial satisface a todos los que toman parte en el acuerdo. En caso de acuerdo colusivo, al menos a corto plazo, el operador menos eficiente ve satisfe-

considerar que las empresas oligopolísticas toman en consideración que los precios y cantidades elegidas por ellos afectarán a dichas variables de las empresas rivales. Tanto A. L. BOWLEY como posteriormente H. VON STACKELBERG, *Marktform und Gleichgewicht*, Springer, 1934, consideran que se trataba de un fenómeno dinámico a pesar de que su análisis fue estático. Sobre la teoría de las variaciones conjeturales ver, por ejemplo, E. J. DOCKNER, «A Dynamic Theory of Conjectural Variations», *The Journal of Industrial Economics*, diciembre, 1992.

chas sus necesidades dirigidas a garantizar su supervivencia. Por su parte, el operador económico más eficiente alcanza beneficios extraordinarios. Sin embargo, es frecuente que quienes participan en el acuerdo caigan en la tentación de no llevar a cabo lo acordado. En efecto, cada empresa del mercado actúa sabiendo que cualquier cambio en su nivel de producción provocará una reacción de sus rivales que tenderá a modificar sus propios niveles de producción de acuerdo con sus cuotas de mercado. Dicha solución equivale a la del monopolio: cada empresa se comporta como un monopolista.

La ecuación $\frac{p-C_i}{p} = \frac{s_i}{e} k_i$ ha sido empleada profusamente en trabajos empíricos. Sin embargo, dado que los índices de Lerner o de Kalecki difícilmente son calculables para cada empresa, se ha procedido a su modificación mediante la agregación de dicha ecuación ponderando las cuotas de mercado de las empresas. Sin embargo, el proceso supone la introducción de juicios de valor con el fin de determinar el procedimiento de agregación de los índices.

De esta forma, suponiendo la igualdad entre los costes variables medio y marginal, y razonando en términos de rama industrial, puede afirmarse que el beneficio (B_i) más el coste fijo (F_i) equivale a la diferencia entre el ingreso ($p q_i$) y el coste marginal (C') multiplicado por la cantidad producida (q_i). Es decir:

$$B_i + F_i = p q_i - C' q_i$$

Sumando los datos correspondientes a todas las empresas de la rama industrial, estableciendo $p q = I$ ³⁹ y haciendo operaciones, siendo el índice de concentración de Herfindahl-Hirschman⁴⁰ $H = \sum_{i=1}^n s_i^2$ y definiendo

$$c = \frac{\sum_{i=1}^n s_i^2 k_i}{\sum_{i=1}^n s_i^2}$$

como la suma ponderada de las variaciones conjeturales de

las empresas, puede escribirse⁴¹:

³⁹ Ingresos totales de la rama industrial.

⁴⁰ Pese a los refinamientos analíticos dirigidos a la obtención de un índice de concentración ideal no existe un acuerdo entre los diferentes estudiosos de la Economía de la industria y de los mercados acerca del mejor índice. En general, el pragmatismo es el criterio que se impone en los trabajos empíricos. Al margen de las discusiones académicas, las autoridades de defensa de la competencia, siguiendo la experiencia de la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, acostumbra a emplear el índice de Herfindahl-Hirschman en sus análisis de mercado. Sobre las discusiones acerca de la bondad de los distintos índices ver, por ejemplo, L. HANNAH y J. A. KAY, *Concentration in Modern Industry. Theory, Measurement and the U. K. Experience*, MacMillan, 1977; A. JACQUEMIN y H. W. DE JONG, *European Industrial Organization*, MacMillan, 1977.

⁴¹ Sobre esta cuestión ver R. CLARKE, *Economía Industrial*, Colegio de Economistas de Madrid, Celeste Ediciones, 1993; S. MARTIN, *Advanced Industrial Economics*, Basic Blackwell, 1993; J. TIROLE, *La Teoría de la Organización Industrial*, Ariel Economía, 1990.

$$\frac{B+F}{I} = \frac{H}{e} c$$

La expresión anterior revela que, al margen de las variaciones conjeturales, los beneficios brutos de la rama industrial son una función creciente de la concentración y una función decreciente de la elasticidad precio de la demanda.

Alcanzado este resultado pueden analizarse dos «situaciones extremas». En primer lugar, cuando el número de empresas de la rama industrial tiende a infinito —y su participación e incidencia en el precio del producto es negligible— los valores de e , s_i y H tienden a cero. En este caso, el precio tiende a igualar al coste marginal y el índice de Lerner o de Kalecki tiende a cero. Este resultado es equivalente al que se alcanza en situaciones de competencia perfecta. En segundo lugar, puede suponerse una situación de monopolio. Como el monopolista no tiene rivales $k_i = 1$, $n = 1$ y el valor del índice H es igual a la unidad. El margen precio-coste y el índice de Lerner o de Kalecki igualan al recíproco de la elasticidad precio de la demanda de la industria.

En definitiva, los casos de competencia perfecta y de monopolio se interpretan como «casos extremos» de una situación en la que las formas oligopolísticas de mercado se localizan en una «zona intermedia», de acuerdo con la expresión de Yamey. Dicha zona es testigo de fenómenos de gran complejidad caracterizados por la continua elaboración de estrategias, acciones y reacciones por parte de todos aquellos presentes en la arena oligopolística⁴².

La expresión $\frac{p - C_i}{p} = \frac{l}{e}$ puede escribirse como sigue:

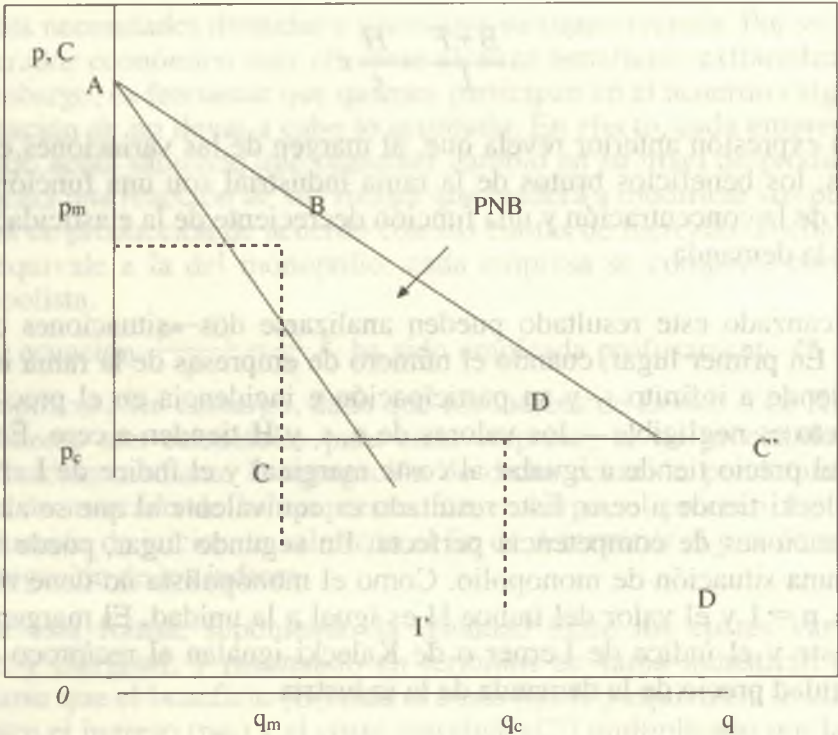
$$\frac{p}{C_i} = \frac{e}{e-1}$$

Dicha expresión refleja el *mark up*, dada la elasticidad de la demanda.

Por otra parte, los manuales de economía y de análisis económico del Derecho⁴³ establecen que la pérdida neta de bienestar (PNB) provocada por la conducta abusiva del monopolista es equivalente al área BCD del triángulo de la figura siguiente:

⁴² Ver, por ejemplo, M. NICHOLSON, *Oligopoly and Conflict. A Dynamic Approach*, Liverpool University Press, 1972; J. FRIEDMAN, *Oligopoly Theory*, Cambridge University Press, 1983.

⁴³ Ver, por ejemplo, R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1972.



Donde:

p_m, p_c : precios correspondientes a un mercado monopolístico o en condiciones de competencia perfecta

q_m, q_c : cantidad producida por una empresa monopolística o en condiciones de competencia perfecta

D curva de demanda

I' ingreso marginal

Haciendo operaciones resulta:

$$PNB = \frac{1}{2} (L p_m q_m Q)$$

$$\text{Siendo } Q = \frac{q_c - q_m}{q_m} \text{ y } L = \frac{p_m - C_i}{p_m}$$

A partir de dicha expresión puede analizarse la elasticidad de la demanda correspondiente a la empresa dominante.

Siendo q_i^d la demanda dirigida a la empresa i , será igual a la demanda total del mercado (q_m^d) menos la oferta del resto de empresas (q_r^s). Es decir:

$$q_i^d = q_m^d - q_r^s$$

Si la demanda total equivale a la oferta total y la demanda dirigida al resto de empresas es igual a su oferta, puede escribirse:

$$e_i^d = e_m^d \frac{1}{s_i} + e_r^s \frac{1-s_i}{s_i}$$

Siendo:

e_i^d elasticidad precio de la empresa dominante

e_m^d elasticidad de la demanda del mercado

e_r^s elasticidad de la oferta del resto de empresas

L_i poder de monopolio de la empresa i (según el índice de Lerner):

$$L_i = \frac{1}{e_i^d}$$

s_i cuota de mercado de la empresa i

$1-s_i$ cuota de mercado del resto de empresas

Haciendo operaciones resulta:

$$L_i = \frac{s_i}{e_m^d + e_r^s (1-s_i)}$$

De las últimas expresiones pueden extraerse conclusiones relevantes⁴⁴ en relación con la discusión sobre las propuestas relacionadas con el control de concentraciones. En primer lugar, cuanto mayor es la elasticidad de la demanda del mercado más elevado será el valor de la elasticidad de la demanda de la empresa dominante y menor la posibilidad de que dicha empresa pueda elevar el precio por encima del coste marginal⁴⁵. En segundo lugar, el poder de mercado de la empresa dominante también se reduce si aumenta la oferta como consecuencia de un incremento de la oferta del resto de empresas, la entrada de nuevas empresas en el mercado⁴⁶ o las dos situaciones anteriores simultáneamente⁴⁷. Y, por último, cuanto mayor sea la cuota de mercado de la empresa dominante menor será la elasticidad de la demanda y, por tanto, mayor será su poder de mercado.

Las conclusiones alcanzadas son relevantes y el modelo desarrollado es más completo que el que está implícito en el planteamiento del LB en relación con el control de concentraciones. Este hecho debería dar lugar a

⁴⁴ Ver M. A. UTTON, *Market Dominance and Antitrust Policy*, Edward Elgar, 1995.

⁴⁵ La presencia en el mercado de sustitutos próximos del bien o servicio ofrecido por la empresa dominante contribuye a la reducción de su poder de mercado.

⁴⁶ Lo que implica ausencia de barreras de entrada significativas.

⁴⁷ Muestra la relación directa entre la elasticidad del resto de empresas y la elasticidad de la demanda de la empresa dominante.

una reconsideración de cuanto allí se sostiene con la correspondiente repercusión en el texto legislativo. En ningún caso debe olvidarse que la cuota de mercado es un indicador frágil del poder de mercado y que el análisis del mercado exige una aproximación pluridimensional.

B. MERCADOS CON PRODUCTOS DIFERENCIADOS

El asunto es más complejo cuando se examinan aquellos mercados en los que las empresas ofrecen productos diferenciados. En este caso puede suceder que haya más de un precio en el mercado. Aun cuando las empresas pueden preferir fijar los precios a fijar cantidades, en realidad toman sus decisiones fijando precios, cantidades o ambos simultáneamente.

Para analizar este caso, supóngase de nuevo la función de beneficios correspondiente a la empresa i :

$$B_i = p_i (\vartheta q_{-i} + q_i) q_i - C_i(q_i)$$

Donde:

$q_{-i} = \sum_{j \neq i}^n q_j$ output ofrecido por todas las empresas menos la i -ésima

q_i output ofrecido por la empresa i -ésima

ϑ siendo $0 \leq \vartheta \leq 1$, refleja el grado de diferenciación de los bienes ofrecidos por las empresas distintas de la i -ésima respecto del bien producido por la empresa i -ésima. Permite comparar unidades de *outputs* diferenciados.

$\vartheta = 0$, refleja el caso de diferenciación total y $\vartheta = 1$ refleja el caso de bienes homogéneos.

Haciendo operaciones y teniendo en cuenta que cuando se trata de bienes diferenciados el poder de mercado de la empresa i depende del grado de diferenciación (ϑ), de las reacciones conjeturales de las empresas rivales ($\lambda_i = \frac{\partial q}{\partial q_i}$) y de la cuota de mercado de i (s_i), asumiendo que

cada empresa mantiene las variaciones conjeturales sobre las reacciones de las empresas rivales y suponiendo que $\alpha_i = \alpha$ y $e_i = e$ para todas las empresas, el índice de Lerner agregado será:

$$L = \sum_{i=1}^n w_i(\vartheta) L_i = \frac{\alpha + (1-\alpha)H(\vartheta)}{e}$$

Donde:

$H(\vartheta) = \left[\sum_{i=1}^n s_i(\vartheta) \right] \left[\sum_{i=1}^n w_i(\vartheta)^2 \right]$ Versión del índice de concentración de Herfindahl-Hirschman cuando hay diferenciación de producto

$$w_i(\vartheta) = \frac{s_i(\vartheta)}{\sum_{j=1}^n s_j(\vartheta)}, i=1, 2, \dots, n$$

α_i : elasticidad de la variación conjetural λ_i

De acuerdo con S. MARTIN⁴⁸, los indicadores estructurales de las operaciones de concentración, tal como son empleados frecuentemente por las autoridades de defensa de la competencia, reflejan una variable *proxy* del poder de mercado. Sin embargo, y ésta es la cuestión relevante, el análisis efectuado revela que tales indicadores no reflejan todos los elementos que permiten que una empresa tenga poder de mercado.

Con la consideración de diferenciación del producto, el problema se aleja del ámbito de la rama industrial y se acerca al ámbito de la empresa. De esta forma, los indicadores de diferenciación son tan relevantes como los del grado de concentración. Si los bienes ofrecidos al mercado no son homogéneos, la conducta de las empresas puede ser tan importante para los resultados del mercado como el grado de concentración.

6. REFLEXIONES FINALES

Como todo modelo, los presentados en el presente trabajo incluyen limitaciones significativas. Sin embargo, permiten una sensata aproximación al problema planteado. El análisis de las operaciones de concentración entre operadores económicos es más complejo que el que se realiza habitualmente por las autoridades de defensa de la competencia. En todo caso, aun siendo significativas las simplificaciones habituales, las implícitas en el modelo del LB tienen una relevancia particular. No se trata de considerar los coeficientes de concentración o las variaciones del valor de los índices de Herfindahl-Hirschman como cuestiones esenciales. Otras variables como las elasticidades y los comportamientos empresariales o los obstáculos impuestos a las conductas empresariales también pueden ser determinantes. En consecuencia, debe subrayarse que el análisis económico tiene, y tendrá, una importancia considerable que, a mi juicio, no ha recibido el merecido énfasis en el LB. Este hecho refuerza la idea de la necesidad de disponer de unas *Guidelines* que reúnan cuestiones jurídicas y económicas.

El análisis efectuado en las páginas anteriores debe ser interpretado tomando en consideración las siguientes limitaciones del mismo.

a) No se consideran los mercados de competencia perfecta y de monopolio como los ejes de la reflexión. Los primeros porque en el pre-

⁴⁸ S. MARTIN, *op. cit.*

sente contexto no tienen interés. Los segundos porque su consideración no tiene sentido. En consecuencia, la referencia deben ser los mercados oligopolísticos con su complejidad y diversidad.

b) La cuota de mercado es un indicador frágil del poder de mercado. Es un ingrediente importante del análisis; importante pero insuficiente⁴⁹. El número de operadores o sus cuotas de mercado no constituyen referencias bastantes para explicar el tipo de equilibrio del mercado.

c) El análisis del poder de mercado exige una aproximación multi-dimensional, más completa y compleja que la efectuada, pues requiere el correspondiente análisis de cada mercado con sus especificidades.

d) El modelo es estático. Los precios se consideran como dados, el bien o servicio se considera homogéneo y se excluye la hipótesis de competencia sobre la base de la diferenciación de producto.

e) La interdependencia, característica de los mercados oligopolísticos, se ha referido a las variaciones conjeturales.

f) No se han considerado los efectos de las posibles barreras de entrada o la eventualidad de precios predatorios por parte de las empresas dominantes.

Hechas estas consideraciones, el contenido del LB supone una aportación relevante y un avance considerable. En consecuencia, sólo puedo compartir los «principios y objetivos» de la reforma, a saber: seguridad jurídica, independencia, transparencia, responsabilidad frente a la sociedad, eficacia y coherencia, porque aumentan el grado de predictibilidad y la consistencia del sistema español de defensa de la competencia. Pero, además, el LB plantea otras cuestiones de interés. Con el fin de contribuir a introducir algunas consideraciones en el período de reflexión sobre la nueva redacción de la Ley de Defensa de la Competencia se mencionan algunos ejemplos al respecto.

a) La cuestión de si la Administración debe controlar las estructuras y sus cambios o limitarse a la aplicación de los arts. 1, 6 y, en su caso, 7 de la Ley española de Defensa de la Competencia debe someterse a una discusión que supere los estrechos márgenes del deseo de la autoridad de controlar la actividad empresarial, especialmente cuando la intervención se toma sobre posibles hechos futuros no conocidos con la suficiente precisión. El escaso número de operaciones examinadas por el TDC⁵⁰, reflejo de que la mayoría de operaciones no afectan sensiblemente la competencia, el reducido número de decisiones del Consejo de Ministros y la elevada probabilidad de que éstas coincidan con las propuestas del TDC podrían aconsejar la supresión del control de estructuras. A ello podría sumarse el hecho de que los efectos anticompetitivos apoyados, en oca-

⁴⁹ R. SCHMALENSEE, *op. cit.*, concluye que otros análisis relacionados con el poder de mercado no son menos válidos que aquellos basados en la cuota de mercado: «En función de los hechos concretos de cada caso, la información acerca de la rentabilidad o sobre las pautas de conducta puede ofrecer más información que las cuotas de mercado».

⁵⁰ 9 en el año 2001, 7 en el año 2002, 8 en el año 2003 y 3 en el año 2004.

siones, por elevadas cuotas de mercado, pueden contrarrestarse con el oportuno control de conductas y que el control de las operaciones de concentración no debería traducirse en la conversión de dicho control en un mecanismo regulador. Estas cuestiones deberían ser consideradas explícitamente en el debate como una cuestión esencial y nuclear, pues en el caso de no considerarse oportuna o conveniente la supresión del control de concentraciones debería reconsiderarse en profundidad el sistema de control, empezando por los umbrales del mercado de referencia y empleando el mercado relevante, definido con absoluta precisión, como criterio.

b) Ha quedado fuera de la consideración del LB la posibilidad de que un monopolio pueda ofrecer mejores condiciones de precio y cantidad que un mercado competitivo, lo que no es un asunto de segundo orden. El caso de las industrias de red es elocuente. En consecuencia, debe considerarse el supuesto de una operación de concentración sobre la eficiencia y el bienestar.

c) No debería perderse la ocasión para considerar un conjunto de cuestiones relacionadas con el procedimiento. En primer lugar, el sistema de notificación previa debería ser más completo que el actual, lo que supone modificar el formulario. Más información supone incrementar las posibilidades de tomar una decisión en la primera fase. En este contexto deben establecerse criterios *de minimis* y reforzar la posibilidad de asumir compromisos. Lógicamente, de acuerdo con este planteamiento el asunto de las tasas debe ser sometido a reconsideración. En segundo lugar, la documentación exigida debe ser exhaustiva, lo que supone disponer de un cuestionario completo y prolijo. Por su parte, las autoridades deben concretar los problemas razonadamente, potenciar la presencia de interesados y fomentar las vistas, pues son muchos los intereses en juego. La articulación entre los conocimientos de los economistas y los juristas es importante, pues en esta fase es necesario llevar a cabo un estudio riguroso del caso, sobre la base de la regulación de las operaciones de concentración, que incluya consideraciones razonadas en relación con la eficiencia, los efectos sobre el bienestar, los comportamientos estratégicos de las empresas, las elasticidades, la competencia potencial y las barreras de entrada. En mi opinión, es mejor impulsar la solución negociada que la imposición de condiciones. En tercer lugar, debe facilitarse al máximo el acceso al expediente dando mayor participación a los interesados y dotando al sistema de mayor transparencia y publicidad. En cuarto lugar, es necesario exigir la demostración y prueba de cuanto se dice, tanto por las partes como por las autoridades. En este caso, la exigencia de responsabilidades y las sanciones resultan obligadas. En quinto lugar, es necesario regular rigurosamente la notificación. La multa es insuficiente, pues en ocasiones resulta más conveniente que notificar. ¿Qué puede ocurrir 2, 3..., n años más tarde si no se notifica? Y, por último, en el caso extraordinario de intervención del Consejo de Ministros, la excepcionalidad de la intervención debería estar precisamente tasada y

el dictamen debería ser debidamente motivado, pero previamente los interesados deberían tener la posibilidad de acceder al expediente, conocer las causas de la remisión al Consejo de Ministros, discutir con la Administración y, en su caso, no descartar la posibilidad de encontrar una solución negociada. De nuevo conviene recordar que, por regla general, los intereses en juego son considerables.

d) Debe reconsiderarse el procedimiento de las privatizaciones que suponen una concentración relevante a los efectos del control por la autoridad de defensa de la competencia para evitar que se repita lo que ocurrió en el caso Alsa-Enatcar cuando, tras la compra de Enatcar por Alsa, ésta tuvo que someterse al control de concentraciones con la correspondiente incertidumbre acerca del resultado final del mismo y del coste efectivo de la operación real.

e) Debe resolverse la tardanza en resolver los eventuales recursos por el órgano judicial competente para evitar situaciones como la ocurrida en el caso de Unión Radio, en el que, recurrido el Acuerdo del Consejo de Ministros del mes de mayo de 1994, el Tribunal Supremo, en el mes de junio del año 2000, consideró que dicho acuerdo no era conforme a Derecho y, por tanto, anulable, desestimando la pretensión de que fuera declarado nulo de pleno derecho y, posteriormente, por Auto de 25 de septiembre de 2002, resolvió que las propuestas de desinversión de las empresas son condición necesaria pero no suficiente.

f) Debe tomarse en consideración la competencia potencial y el poder de los clientes o los proveedores. Los casos de Gespalets o Krupp-Hoechst, por ejemplo, son elocuentes.

g) En determinadas circunstancias, el riesgo de una operación de concentración procede más de las barreras de entrada que de la propia operación. Tendría sentido, en consecuencia, instar al Gobierno a remover dichas barreras, sobre todo cuando éstas son de naturaleza administrativa. En consecuencia, se sugiere que las referencias a las ayudas públicas contenidas en la LDC se amplien con las oportunas referencias a las barreras de entrada, especialmente de naturaleza administrativa.

h) El planteamiento efectuado hasta el presente es epidérmico. El asunto es complejo. En consecuencia, tal como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, debería disponerse de unas *Guidelines* que sirvieran de guía tanto a los operadores económicos como a las autoridades.

Probablemente la consideración de estas cuestiones y el debido énfasis sobre el análisis económico contribuyan a mejorar nuestro sistema de defensa de la competencia dotándolo de las referencias imprescindibles en una sociedad moderna acompañada de una economía que pretende ser competitiva.

COMENTARIOS CRÍTICOS ACERCA DEL NUEVO REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

Luis BERENGUER FUSTER

Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El año 2004 fue un año pródigo en acontecimientos en la vida de la Unión Europea. Tal vez, si se quisieran realizar comparaciones, podría indicarse que ha sido el año más trascendente de todos desde el inicio del proceso de construcción europea: se ha producido la mayor ampliación hasta el momento llevada a cabo, y se ha aprobado el Tratado de la Constitución Europea que, aunque sea de resultado incierto por los problemáticos procesos de ratificación pendientes, constituye un importante paso adelante. También ha tenido lugar la elección de un nuevo Parlamento y la constitución de una nueva Comisión, en la que no estará el Comisario hasta ese momento encargado de la responsabilidad de la competencia, el italiano Mario Monti. También, aun salvando las distancias, y quedándonos en el específico campo de la competencia, el año 2004 puede señalarse como el año en el que se aprobó un nuevo Reglamento de concentraciones: el Reglamento 139/2004, culminándose con tal aprobación el proceso de reforma del Derecho comunitario de la competencia.

Desde luego la ausencia de Monti en el nuevo Colegio de Comisarios no se debe a que haya desempeñado inadecuadamente las responsabilidades que se le han encomendado (primero, mercado interior y, posteriormente, competencia), sino al peculiar sistema de nombramiento de los Comisarios por los Gobiernos, que responde normalmente a equilibrios políticos internos, y no hay que olvidar que en Italia los equilibrios internos han sido siempre especialmente delicados. Y si no, piénsese que la Comisión Durao Barroso estuvo a punto de ser rechazada, precisamente porque el Parlamento Europeo no dio su conformidad al Comisario que el Gobierno italiano había nombrado en primer lugar. Pero, en fin, ésa es otra historia.

El caso es que Monti no sigue siendo Comisario, y cuando se ha llevado tan importante tarea como él ha efectuado en el campo de la competencia, resulta necesario tener algunas palabras de reconocimiento a la labor efectuada. Porque desde finales de los años noventa, en el Derecho comunitario de la competencia se ha llevado a cabo un radical proceso de transformación iniciado por el antecesor de Monti, el belga Karel van Miert, pero que su sucesor ha sabido llevar a buen término.

Este proceso se ha caracterizado no tanto por el buen número de normas aprobadas, sino por la nueva orientación que tales normas han supuesto en uno de los sectores del Derecho comunitario que, sin duda, tiene mayor trascendencia para las empresas. La reforma ha supuesto la introducción de nuevos criterios para la percepción y persecución de las conductas anticompetitivas, criterios tales como la introducción del análisis económico, la apreciación del poder del mercado, la desburocratización de los procedimientos y la descentralización. En definitiva, una búsqueda de cierta convergencia con el Derecho de la competencia de los Estados Unidos. Y si esta afirmación tiene sentido en el campo de las conductas, también a ella habrá que acudir a lo largo de este trabajo para fundamentar algunos de los cambios efectuados en materia de concentraciones. E incluso para criticar algunas tibiezas en la reforma del control de concentraciones que han impedido dar pasos más significativos a favor de esa convergencia.

Cuando la más ardua tarea de reforma en materia de conductas estaba encaminada (se habían aprobado algunos de los Reglamentos de exención por categorías y, sobre todo, los principios más significativos en los que iba a basarse la reforma, contenidos en el Libro Blanco sobre Modernización, habían sido aceptados y había una propuesta de Reglamento que iba a sustituir al Reglamento 17 de 1962 en materia de procedimiento), en diciembre de 2001 la Comisión elaboró un Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/1989¹, que fue sometido a amplio debate, en el que intervinieron todos los sectores interesados². Tras el debate, la Comisión, en enero de 2003, publicó su propuesta de Reglamento³, en la que, en ciertos apartados, se separaba de sus propias posturas apuntadas en el Libro Verde⁴. Finalmente, en enero de 2004 quedó aprobado el Re-

¹ Libro Verde de la Comisión sobre la modificación del Reglamento del Consejo (CEE) núm. 4064/89, COM (2001) final. *Boletín UE*, de 21 de diciembre de 2001, Competencia (1/34).

² Las respuestas, muchas de ellas de gran interés, han sido colgadas en la página *web* de la Comisión: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>. Merece la pena una lectura de los comentarios allí vertidos para comprobar como si, a veces, la Comisión se muestra permeable a las opiniones vertidas en el período de consultas, el Consejo, que en definitiva es el único órgano legislador en esta materia, tiende a ignorar tales opiniones. La misma observación podría hacerse de la permeabilidad del Consejo de las opiniones del Comité Económico y Social o del Parlamento Europeo que, en esta materia, apoyaron en líneas generales las propuestas de la Comisión contenidas en el Libro Verde.

³ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 28 de enero de 2003, C 20/19 y ss.

⁴ Tanto el Libro Verde como la propuesta de Reglamento han sido objeto, entre nosotros, de múltiples comentarios. Ver C. ESTEVA MOSSO, «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de

glamento núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas⁵, en un período de tiempo relativamente corto si tenemos en cuenta los diferentes puntos de partida existentes y el calado de alguna de las modificaciones propuestas, pero esa rapidez en la aprobación encuentra su razón de ser en la necesidad de que el nuevo Reglamento entrara en vigor el primero de mayo de 2004, coincidiendo con la ampliación de la Unión Europea, y también, en cierta medida, en el hecho de que la previa publicación del Libro Verde había permitido que las posturas se fueran decantando.

Si analizamos las reformas llevadas a cabo en materia de control de concentraciones por el Reglamento 139/2004 dentro del conjunto de reformas habidas en el Derecho comunitario de la competencia, tiene razón quien afirma que las novedades introducidas respecto del Reglamento 4064/1989, modificado parcialmente por el Reglamento 1310/1997⁶, son más limitadas que las introducidas en el caso de las conductas, que supusieron una verdadera revolución⁷, pero ello obedece a unas razones muy claras. En materia de conductas, el Reglamento básico databa del año 1962, cuando las primitivas Comunidades Europeas estaban dando los primeros pasos, no existía claridad suficiente sobre la orientación que debería adoptar la política de la competencia, y se trataba de una Comunidad a seis miembros. Sin embargo, el Reglamento de concentraciones databa de 1989, con una Comunidad a doce miembros, con una política de la competencia claramente definida y sobradamente experimentada, y, sobre todo, con unas instituciones consolidadas. Por ello no resulta una exageración afirmar que, mientras en materia de conductas, el Reglamento 17 constituía una rémora para la actuación de la Comisión y un pesado lastre para las empresas, el Reglamento de concentraciones respondía a criterios más actuales y permitía una actuación más flexible de las autori-

control de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, pp. 77-96; S. MARTÍNEZ LAGE, «La reforma del Reglamento Comunitario de Concentraciones», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia (GJ)*, núm. 5, mayo/junio 2003, pp. 3-11; L. BERENGUER FUSTER, «La Reforma del Reglamento Comunitario de Concentraciones», *El Derecho, Diario de Jurisprudencia*, año X, núm. 1982, 12 de noviembre de 2003, pp. 1-8; «La Reforma del Reglamento de Concentraciones: del Libro Verde a la propuesta de la Comisión», L. ORTIZ y R. GUIRADO (eds.), *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, vol. V, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 349-375.

⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 29 de enero de 2004, L24/1 y ss. También este Reglamento ha sido objeto de comentarios entre nosotros. Ver J. PASCUAL Y VICENTE, «Nueva política europea de control de concentraciones: el Reglamento (CE) 139/2004», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 231, mayo-junio 2004, pp. 57-70; N. CALVIÑO, «El Reglamento 139/2004: Novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, pp. 57-87. Este trabajo tiene la indudable ventaja de estar realizado por quien participó, representando a España, en la elaboración del Reglamento por el Consejo, por lo que facilita valiosos datos sobre el proceso de debate que tuvo lugar sobre los puntos más controvertidos.

⁶ El Reglamento(CEE) núm. 4064/1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE, L257, 21 de septiembre de 1990) fue parcialmente modificado por el Reglamento (CE), núm. 1310/1997 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DOCE, L180/1, 9 de junio de 1997).

⁷ N. CALVIÑO, *op. cit.*, pp. 59-59.

dades de la competencia. Y aunque la notificación de las concentraciones siempre suponga una carga para las empresas, la flexibilidad del procedimiento contribuía a aligerar esa carga.

Pero, aun partiendo de esa realidad, hay un elemento que llama la atención a la hora de comparar las reformas en materia de conductas con las referidas al control de concentraciones. Si es evidente que las primeras eran realmente revolucionarias y suponían un cambio radical del sistema preexistente, mientras que las segundas han sido mucho más limitadas, no puede dejar de llamar la atención que los textos definitivamente aprobados por el Consejo difieran de las propuestas de la Comisión, más en el caso de concentraciones que en el caso de conductas, incluso, en este último campo, a pesar de la fuerte oposición del *Bundeskartellamt* a la denominada «modernización».

Esta realidad no puede ser comprendida si no se reflexiona sobre los antecedentes. No voy a insistir sobre el hecho sobradamente sabido de que el Tratado CEE (a diferencia del Tratado CECA) no contenía normas que previeran el control de concentraciones, ni que la Comisión intentara ese control utilizando bien el art. 81⁸ del Tratado, bien el 82⁹, sino simplemente a reflexionar sobre el porqué de tantas dificultades para aprobar normas en materia de concentraciones. O, por decirlo de otra manera, por qué el Consejo muestra en este campo tantas reticencias a las propuestas de la Comisión¹⁰. Porque la cuestión no es nueva, no es un fenómeno que se haya presentado con ocasión de la actual reforma, sino que ha ocurrido siempre. Baste con recordar las dificultades existentes para la aprobación del Reglamento 4064 o el hecho de que este Reglamento no se aprobara hasta 1989, aunque hubiera habido múltiples intentos anteriores, para comprobar la realidad de esta afirmación.

En efecto, aunque la Comisión era consciente desde los años sesenta del pasado siglo de la insuficiencia de los mecanismos de los arts. 81 y 82 del Tratado para lograr un adecuado control de las concentraciones que diera respuesta a los problemas de competencia a que éstas daban lugar, es a partir del debate abierto como consecuencia de la sentencia *Continental Can* de 1972 cuando se puso de manifiesto la necesidad de elaborar un Reglamento destinado a lograr el control de las concentraciones de las empresas, e incluso la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada ese año en París aprobó un documento, en el que se instaba a la Comisión a presentar una propuesta de Reglamento que estableciera el control de concentraciones. La Comisión presentó su propuesta en

⁸ Sentencia del TJ de 17 de noviembre de 1987, en el Asunto Philip Morris.

⁹ Sentencia del TJ de 21 de febrero de 1973, en el asunto *European Corporation y Continental Can*. Comisión Europea.

¹⁰ El Parlamento Europeo, que en este campo se ha mostrado tradicionalmente conforme con las propuestas de la Comisión, no actúa como colegislador y, como se ha indicado con anterioridad, sus informes y enmiendas, cuando no interviene en el proceso legislativo más que por la vía de emisión de informes, son tradicionalmente ignorados por el Consejo.

1973, y posteriormente hubo de modificarla en los años 1982, 1984, 1986 y, finalmente, en 1987, todo un record, hasta que definitivamente, en 1989, tuvo lugar la aprobación del Reglamento¹¹.

Es cierto que en la aprobación inicial del Reglamento hubo problemas derivados de las diferentes concepciones acerca del fenómeno de las concentraciones entre los diferentes Estados. Mientras los países fuertemente industrializados se mostraban partidarios de un fuerte sistema de control, los países con menor peso industrial y con menor tamaño de sus empresas mostraron, desde el principio, sus reticencias por cuanto que interpretaban que al limitar las posibilidades de que sus empresas se concentraran se pretendía impedir que adquirieran un mayor tamaño que les permitiera competir con las de los países más industrializados¹².

Pero si esa razón tuvo su peso determinante en los retrasos e inconvenientes para la aprobación del primer Reglamento de concentraciones, de hecho hay una razón de mayor peso que contribuye a dificultar los textos normativos comunitarios en materia de concentraciones, y esa razón radica en la tradicional tendencia de los Estados miembros a rechazar fortalecer las competencias de la Comisión Europea en determinadas áreas, entre ellas la referida al control de las concentraciones, porque supone entregar a la Comisión un poderoso instrumento de política industrial, instrumento que perderían los Estados. Esas reticencias se pusieron de manifiesto no sólo a la hora de redactar el primitivo Reglamento 4064/1989, sino también con ocasión de su reforma, y son fáciles de visualizar si analizamos las dificultades que tuvo la Comisión a la hora de pretender rebajar los umbrales para establecer qué concentraciones deberían tener dimensión comunitaria¹³, es decir, sobre cuáles son las concentraciones a las que se extiende la competencia de la Comisión. Pero no sólo sobre estos extremos muestran reticencias los Estados. Si analizamos las propuestas, tanto del Libro Verde de 1996¹⁴ como las del Libro Verde de 2001, anteriormente citado, e incluso las propuestas de Reglamento realizadas por la Comisión y las comparamos con los textos definitivamente aprobados, también se producen divergencias en otros aspectos, tales como la pretensión de ampliar el concepto de concentración, que también supondría una ampliación de las competencias de la Comisión. Se constata así una recurrente resistencia de los Estados a per-

¹¹ R. ALONSO SOTO, «La aplicación del art. 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas», *Revista de Instituciones Europeas*, 1988, p. 780.

¹² M. WAELBROEK y A. FRIGNANI, *Derecho europeo de la competencia*, versión española de Sáenz-Cortabarría y Morales, t. II, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 1137-1138; L. M.^a MIRANDA SECO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994, pp. 194 ss; ALONSO SOTO, *op. cit.*, p. 781.

¹³ M. MEROLA, «El nuevo control comunitario de las concentraciones de empresas: el Reglamento núm. 1310/97 que modifica el Reglamento núm. 4064/89», *Derecho de los Negocios*, año 9, núm. 90, marzo 1998, pp. 2-3.

¹⁴ Libro Verde relativo a la revisión del Reglamento sobre concentraciones, Documento COM (96) final, de 31 de enero de 1996.

mitir que la Comisión adquiriera más competencias en el campo del control de operaciones de concentración.

Hay algunas razones que, igualmente, vienen a explicar los cambios producidos en las tres etapas en las que podría dividirse el proceso pre-legislativo y legislativo (Libro Verde, propuesta de la Comisión y texto aprobado por el Consejo). Y entre ellas no puede olvidarse el efecto traumático que causaron tres sentencias dictadas durante el año 2002, es decir, entre el Libro Verde y la propuesta de Reglamento, anulando otras tantas decisiones de la Comisión que declaraban tres operaciones de concentración incompatibles con el mercado común¹⁵. Estas bien conocidas sentencias del Tribunal de Primera Instancia, recaídas en los procedimientos *Airtours/First Choice*¹⁶, *Legrand/Schneider*¹⁷ y *Tetra Laval/Sidel*¹⁸ supusieron un duro varapalo a la política de la Comisión en materia de concentraciones, por mucho que los propios funcionarios de la DG Competencia, y a la cabeza de todos ellos el Comisario Monti¹⁹, se empeñaran en manifestar que las sentencias no ponían en cuestión la política de la Comisión.

La primera de las sentencias dictadas, sobre la que se volverá más tarde por la trascendencia que tuvo en la redacción del Reglamento, desautoriza determinada aplicación del concepto de posición de dominio colectiva realizada por la Comisión. En la Sentencia *Legrand/Schneider* se anula la decisión de la Comisión por considerar que no existen evidencias suficientes para afirmar que, como consecuencia de la operación, se crearía o fortalecería una posición de dominio. Finalmente, la Sentencia *Tetra Laval/Sidel* negaba los puntos en los que la Comisión había basado la consideración de que la concentración, que era de las del tipo «conglomerados», produciría el refuerzo de la posición dominante de la entidad resultante²⁰.

¹⁵ N. CALVIÑO, *op. cit.*, p. 64, añade también como un factor significativo en la redacción del Reglamento las contradictorias decisiones dictadas por las autoridades americanas y la Comisión Europea en el asunto *General Electric/Honeywell*; L. BERENGUER, «La reforma del Reglamento de concentraciones: del Libro Verde...», *op. cit.*, pp. 352-354.

¹⁶ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002.

¹⁷ Sentencia del TPI de 22 de octubre de 2002.

¹⁸ Sentencia del TPI de 25 de octubre de 2002.

¹⁹ Aun así, M. MONTI («Merger control in the European Union: a radical reform», *European Commission/IBA, Conference on EU Merger Control*, Bruselas, 7 de noviembre de 2002) reconocía que las sentencias supondrían una oportunidad para realizar una reforma más profunda que la inicialmente contemplada.

²⁰ Estas sentencias fueron, desde el primer momento, objeto de múltiples comentarios. Ver A. OVERD, «After the *Airtours* appeal», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 8, agosto 2002, pp. 375-377; N. JALABERT-DOURY, «Concentrations et position dominante collective après l'arrêt *Airtours*: le point sur le concept, les facteurs structurels et les critères», *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, núm. 5, año 2002, pp. 1-6; P. SPINK y Ch.-A. ONG, «Lessons in litigation: collective dominance and merger control: *Airtours* plc. V. Commission of the European Communities», *The Judicial Review*, parte 2, 2003, pp. 163-184; J.-M. THOUVENIN, «Concurrence (concentrations): après l'arrêt *Airtours*, trois nouveaux avertissements a la Commission», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 464, 2003, pp. 12-20; E. DE LA SERRE y Johanne PEYRE, «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. Entreprises et affaires*, núm. 3.

Estas sentencias, recaídas durante el período durante el cual estaba abierto el debate sobre la reforma del Reglamento de concentraciones, necesariamente influyeron en el debate y, sin duda, en la redacción definitiva de ciertos puntos del Reglamento. Tuvieron también otras consecuencias, tales como la reorganización de la «*merger task force*» y posiblemente abrió ciertas interrogantes sobre los límites de la actuación de los poderes públicos para prohibir ciertas decisiones estratégicas de las empresas, tales como las de adquirir mayor tamaño mediante su fusión con otras empresas. Ese debate, que también tiene aportaciones en España tras haberse dictado dos sentencias del Tribunal Supremo en las que se anulaban otras tantas decisiones del Consejo de Ministros en materia de concentraciones²¹, es un debate de mayor calado y no queda cerrado ni por la aprobación del Reglamento comunitario, ni por la futura reforma de nuestra Ley de Defensa de la Competencia. Ocasión habrá para volver sobre el particular, pero lo que ahora corresponde es comentar el contenido del Reglamento 139/2004, y ni tan siquiera ello, sino realizar unos comentarios críticos a ciertos puntos de la regulación, partiendo siempre de las propuestas del Libro Verde, y siguiendo el proceso legislativo, para acabar realizando preguntas sobre si la opción elegida ha sido la más adecuada, o sobre si ha sido acertado omitir ciertas modificaciones que habían sido apuntadas en el Libro Verde. Estos puntos se referirán especialmente a las cuestiones relativas al concepto de dimensión comunitaria, al concepto de concentración, a la mejora de los mecanismos de remisión entre la Comisión y las autoridades nacionales, a la modificación del test sustantivo y a los poderes de la Comisión en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones y condiciones impuestas en una decisión declarando compatible la operación con el mercado común, así como a otros aspectos que no se han modificado en el Reglamento, a pesar de lo que se hacía prever, bien por el contenido del Libro Verde, bien por la propuesta de Reglamento elaborada por la Comisión.

2. ANÁLISIS DE DETERMINADOS ASPECTOS DEL REGLAMENTO 139/2004

A. DETERMINACIÓN DE LA DIMENSIÓN COMUNITARIA

Cuando coexisten las normas de la competencia comunitarias con las nacionales, siempre existe el problema de analizar cuándo se aplica una norma u otra, o bien, cuando existen autoridades nacionales de la competencia junto con la Comisión Europea, es necesario determinar cuándo

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2002 recaída en el Asunto Salcai/Utinsa anuló el acuerdo del Consejo de Ministros que prohibió la fusión de estas dos empresas. La Sentencia TS de 2 de abril de 2002 (Prosegur/Blindados del Norte) anuló determinadas condiciones impuestas por el Consejo de Ministros a la compra de la segunda de dichas empresas por parte de la primera.

puede intervenir una u otra autoridad. En definitiva, que hay que establecer una norma de atribución de competencias.

Los arts. 81 y 82, al igual que el art. 87 referido a las ayudas públicas, utilizan para establecer la aplicación del Derecho comunitario y, en consecuencia, la competencia de la Comisión, el criterio de la afectación al comercio comunitario. El Reglamento de concentraciones utiliza el criterio de dimensión comunitaria. Según su art. 1, el Reglamento se aplica a las concentraciones de dimensión comunitaria, según se definen en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, en cuyos apartados se determinan los umbrales cuantitativos de cifras de negocios de las empresas que se concentran, por encima de los cuales el control de la concentración cae bajo la competencia de la Comisión²².

Como es bien sabido, el texto del art. 1.2 procede de la redacción del primitivo Reglamento 4064/1989, y parte de la consideración de que la dimensión comunitaria depende de la cuantía de la cifra de negocios conjunta de todas las empresas participantes en la operación, que se estima en 5.000 millones de euros, siempre y cuando el volumen de negocios en la Comunidad de al menos dos de las empresas afectadas debe superar los 250 millones de euros, y ninguna de las empresas afectadas realice las dos terceras partes de su volumen de negocios en la Comunidad en el mismo Estado miembro.

Como puede observarse, el umbral resulta muy alto, encaminado a asegurar que exclusivamente las concentraciones en las que participaran las mayores empresas caigan bajo la competencia de la Comisión, y pone de manifiesto las reticencias de los Estados miembros a trasladar el control de las concentraciones a la Comisión. Esta afirmación queda plenamente confirmada si tenemos en cuenta las posiciones existentes en el momento de elaboración del Reglamento, y como la cifra propuesta por dos de los mayores países (Alemania y el Reino Unido) aún era superior (proponían 10.000 millones), y que en definitiva el art. 1.2 y la cifra de 5.000 millones supuso una solución de compromiso, que ciertamente satisfizo poco a la Comisión Europea, que mantuvo hasta el final la cifra de 1.000 millones, o que al menos debería descenderse hasta esa cifra trascurrido un cierto período de tiempo desde la vigencia del Reglamento²³.

²² En el Reglamento 4064/1989, en la redacción dada por el Reglamento 1310/1997, se contiene también una mención al comercio entre Estados miembros. Se trata del supuesto previsto en el art. 22 para la remisión de un expediente de concentración que no alcanza la dimensión comunitaria, desde las autoridades nacionales a la Comisión. La razón en ese supuesto para el posible conocimiento de la Comisión, siempre por iniciativa de los Estados miembros, se encuentra «en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros» (art. 22.3 del Reglamento 1310/1997). Esa exigencia se ha mantenido, aun con una diferente redacción en el art. 22.1 del Reglamento 139/2004.

²³ A. DE LA CRUZ, «El control de concentraciones en el Mercado Común y en España», *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1991, p. 6284; R. GARCÍA VICENTE, «Reglamento Comunitario sobre el Control de Concentraciones», *Ekonomiaz, Revista Vasca de Economía*, núm. 21, p. 74.

También como reflejo de los debates, e indudablemente para obtener la conformidad de la Comisión a una cifra que se alejaba considerablemente de sus pretensiones y que disminuía su capacidad de intervención, el propio Reglamento incluyó la previsión de que la cifra de los umbrales sería revisada antes del 21 de diciembre de 1993, y que, además, la propuesta resultado de esa revisión podría ser aprobada por mayoría cualificada (art. 1.3 del Reglamento 4064/1989 en su primitiva redacción) y no por unanimidad.

Pero llegada esa fecha no tuvo lugar ninguna revisión, y hubo que esperar hasta 1996, con ocasión del Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de concentraciones, para que el debate, que permanecía latente durante todo el tiempo, sobre los umbrales establecidos para la dimensión comunitaria de las concentraciones volviera a salir a la luz pública. El debate tenía, al menos tres aspectos. El primero de ellos estaba referido a los conceptos, puesto que la competencia de la Comisión debería alcanzar a aquellas operaciones que tuvieran «efectos transfronterizos», y nadie podía afirmar que, vistos los umbrales establecidos en el art. 1.2 para la determinación de la dimensión comunitaria, «efectos transfronterizos» y «dimensión comunitaria» pudieran ser términos equivalentes. Un segundo aspecto se refería a la habitual resistencia de los Estados miembros a ampliar las competencias de la Comisión en esta materia. Finalmente existía —y existe— un problema de índole práctico puesto de manifiesto por las empresas: el problema de las plurinotificaciones, que supone incrementar los gastos de las empresas, al tiempo que genera situaciones de cierta inseguridad jurídica por la posibilidad de que recaigan resoluciones contradictorias.

La principal propuesta de la Comisión en el Libro Verde de 1996 consistía en rebajar los umbrales previstos en el art. 1.2 del Reglamento para dejarlos reducidos a la cifra de 2.000 millones de euros para el volumen de negocios mundial, y 100 millones de euros para el volumen comunitario. Como propuesta alternativa a esta reducción se añadía que las concentraciones estuvieran sujetas a notificación (fuera voluntaria u obligatoria) ante, al menos, dos autoridades nacionales de la competencia.

La Comisión era consciente de las dificultades existentes para hacer triunfar estas modificaciones, por lo que, a la hora de realizar sus propuestas, rebajó sus pretensiones y propuso la reducción de los umbrales a 3.000 millones de euros para el volumen de negocios mundial y 150 millones para el comunitaria, y como solución complementaria se establecía el criterio de la plurinotificación en tres Estados miembros.

El Consejo se negó en rotundo a modificar los umbrales contenidos en el art. 1.2, si bien ofreció fórmulas para el problema de las plurinotificaciones, que no estuvieran basadas en el hecho de que la operación estuviera sujeta a notificación ante, al menos, tres autoridades nacionales, porque consideraba que, de admitirse este criterio, la delimitación de la

competencia de la Comisión quedaría a resultas de una posible modificación de las legislaciones nacionales. En lugar de ello se aprobó una fórmula que, manteniendo en su redacción inicial el texto del art. 1.2, incluía un nuevo párrafo, en el que se pretendía objetivar la plurinotificación, estableciendo unos umbrales más reducidos en el supuesto de que las empresas afectadas estuvieran presentes con determinado volumen de negocios en, al menos, tres Estados miembros²⁴.

El resultado consiste en una alambicada fórmula contenida en el art. 1.3 que se traduce en considerar igualmente de dimensión comunitaria aquellas operaciones de concentración que, sin alcanzar los umbrales del art. 1.2, afecten a empresas cuyo volumen de negocios mundial supere los 2.500 millones de euros; que al menos en tres Estados miembros, y en cada uno de ellos, el volumen de negocios conjunto supere los 100 millones de euros, y el volumen individual de, al menos, dos empresas supere los 25 millones de euros; finalmente se exige que el volumen comunitario de, al menos, dos empresas afectadas supere los 100 millones de euros. Al igual que en el art. 1.2, se mantiene la regla negativa de los dos tercios que impide el conocimiento por la Comisión de aquellas concentraciones que tienen un centro de gravedad nacional.

Esta complicada fórmula pretendía resolver el problema del conocimiento por parte de la Comisión de las concentraciones que tuvieran efectos transfronterizos, pero renunciaba a dar una solución al problema de las notificaciones múltiples, desde el momento en que se consideraba inoportuno hacer depender la competencia de la Comisión de la decisión unilateral de un Estado miembro, si varía sus propios umbrales.

En consecuencia, la fórmula del art. 1.3 no tuvo efecto para reducir las plurinotificaciones, tal vez porque no lo pretendiera, y existió un buen número de notificaciones que no caía bajo el supuesto del art. 1.3 y debería ser tramitado por tres o más autoridades nacionales²⁵. Por ello en el Libro Verde de 2001 se vuelve a plantear la cuestión de los umbrales con

²⁴ M. MEROLA, *op. cit.*, p. 5. Este comentarista señala (p. 6) que, a diferencia del Reglamento 4064/1989, que preveía la revisión de los umbrales por mayoría cualificada, el Reglamento 1310/1997 no contiene ninguna previsión al respecto, por lo que debe entenderse que las modificaciones de los umbrales sólo podría llevarse a cabo por unanimidad, con lo cual las posibilidades de revisión de los umbrales quedaban considerablemente reducidas. El tiempo ha venido a darle la razón.

²⁵ En el Libro Verde de 2001 (apartado 24) se señala que en el año 2000 solamente se notificaron 20 asuntos de conformidad con el apartado 3 del art. 1, mientras que hubo 75 notificaciones múltiples en tres o más Estados miembros. Y sigue añadiendo: «*El fracaso del apartado 3 del art. 1 también se refleja en que en 2000 solamente un 5 por 100 de todas las notificaciones se hicieron de conformidad con este artículo, lo que constituye una disminución significativa del nivel ya de por sí bajo registrado en 1999*». I. LÓPEZ GÁLVEZ —en «Mecanismos de remisión entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, pp. 366-369— demuestra con gráficos y datos de años anteriores a la elaboración del Libro Verde el elevado número de notificaciones en dos o más Estados, que representaron en porcentaje significativo del conjunto de las notificaciones, llegando casi a alcanzar en el año 1999 en número a las concentraciones tramitadas por la Comisión (238 frente a 292), mientras que, de estas últimas, las notificaciones realizadas al amparo del art. 1.3 no alcanzaban el 9 por 100 del total.

mayor fundamentación y —aparente— coherencia de lo que se había realizado con anterioridad.

Teniendo en cuenta la finalidad que pretende un Libro Verde, es decir, la apertura de un debate con formulación de propuestas que sirvan para escuchar las opiniones de todos los interesados, en esta materia, la Comisión formulaba diversas propuestas alternativas, en número de tres.

La primera de las alternativas²⁶ consistía en modificar el apartado 3 del art. 1, mediante el cambio de alguno de los cinco criterios constitutivos, y ofrecía varias posibilidades.

En primer lugar, dentro de este apartado, se proponía ajustar los distintos niveles de los umbrales, mediante la reducción de las cifras de volumen de negocios previstas en los distintos apartados del art. 1.3. Tras realizar diversas simulaciones sobre el número de concentraciones notificadas en tres o más Estados que caerían bajo la competencia de la Comisión como consecuencia de sustanciales reducciones en dichas cifras, la Comisión terminaba opinando que, aun así, un considerable número de concentraciones de interés comunitario seguiría sin alcanzar las cifras de los umbrales.

Dentro de este primer apartado de propuestas consistentes en variar los umbrales del art. 1.3, la segunda opción consistía en modificar el apartado 3 del art. 1, reduciendo los países de tres a dos, pero tampoco se estimaba que esta variación produciría un incremento considerable de los asuntos que deberían ser notificados a la Comisión.

Finalmente se analizaba la propuesta consistente en disociar los criterios de las letras *b*) y *c*) del art. 1.3. Ello consistiría bien en la supresión de la letra *b*) del art. 1.3, bien en suprimir el carácter acumulativo de los requisitos incluidos en las letras *b*) y *c*), haciendo que estos criterios fueran alternativos, pero, a juicio de la Comisión, tampoco estas propuestas incidirían notablemente en el número de operaciones de concentración que caerían bajo la competencia de la Comisión.

La segunda de las alternativas ofrecidas por el Libro Verde²⁷ consistía en modificar el art. 22 del Reglamento para conseguir la mejora de la remisión de los expedientes desde las autoridades nacionales a la Comisión. Sin perjuicio de remitirse a consideraciones posteriores que se realizarán en el momento de tratar las cuestiones relativas a las remisiones, la Comisión concluía negando que ésta fuera una posibilidad digna de tener en cuenta con una categórica afirmación: «parece que no hay muchas posibilidades de lograr que el art. 22 sea una medida útil de aplicación general a los casos de pluralidad de notificaciones»²⁸.

²⁶ Contendida en los apartados 34 a 51 del Libro Verde.

²⁷ Apartados 52 y 53 del Libro Verde.

²⁸ Apartado 52. En el apartado siguiente se señala que entre las razones principales por las que el art. 22 no ha dado lugar a ninguna remisión conjunta figuran las diferencias técnicas subsistentes entre los procedimientos nacionales de control de las concentraciones.

La tercera alternativa²⁹ consistía en conceder de forma automática la competencia a la Comisión cuando se cumplieran los requisitos de notificación en, al menos, tres Estados miembros. La Comisión terminaba inclinándose por esta opción, ya que el criterio decisivo no consistiría en alcanzar un nivel concreto de volumen de negocios, sino en el hecho de que una operación diese lugar a tres o más notificaciones, lo cual «sería presunción suficiente de la existencia de interés comunitario»³⁰. Bastan estos comentarios para poner de manifiesto que, con ocasión del Libro Verde, la Comisión, tras despreciar otras alternativas, se inclinaba claramente por la solución que venía a denominar «3+». Los comentarios y opiniones realizados en el período de exposición pública tampoco hacían previsible un cambio de criterio porque un significativo número de aportaciones (particularmente entre las asociaciones representativas de empresas, y los profesionales³¹) se mostraban firmemente partidarias de la regla 3+³².

Precisamente por ello causó cierta sorpresa que la Comisión, a la hora de realizar su propuesta en un texto articulado, olvidara sus anteriores consideraciones y empezara a encontrar inconvenientes en el sistema de notificación obligatoria 3+³³, inconvenientes que ahora encontraba en la existencia de diferencias entre los criterios que determinan la exigencia de notificación en diferentes países, e incluso en las divergencias entre las legislaciones nacionales a la hora de establecer el concepto de concentración³⁴. En consecuencia, en lugar de mantener el criterio del Libro Verde, en ese momento de elaboración de la propuesta se opta por mantener invariable el apartado 3 del art. 1, al que se añade lo que se denomina «un sistema de remisiones racionalizado» mediante la mejora de los

²⁹ Apartados 54 a 61 del Libro Verde.

³⁰ Apartado 62 del Libro Verde.

³¹ Por el contrario, los comentarios de las autoridades nacionales fueron mayoritariamente contrarios a la regla de 3+. Ver, por ejemplo, los comentarios del SDC español.

³² C. ESTEVA MOSSO, *op. cit.*, pp. 84-85, realizó una bien fundamentada defensa de la regla 3+, basada en el hecho de que diversas autoridades europeas deban tratar en paralelo un mismo caso es un indicio de que ciertas concentraciones de interés comunitario escapan al conocimiento de la Comisión, por lo que hay que arbitrar ese sistema que evitará tal disfunción.

³³ Incluso con anterioridad a la elaboración de la propuesta de la Comisión, el propio Comisario Monti había manifestado ciertas dudas que hacían prever un posible abandono, luego confirmado, de la regla 3+ (M. MONTI, «Review of the EC Merger Regulation. Roadmap for the reform project», *Conferencia sobre Reform of European Merger Control*, Bruselas, British Chamber of Commerce, 4 de junio de 2002).

³⁴ Puede llamar la atención y poner en cuestión la coherencia de la Comisión al sostener este cambio de criterio si se tiene en cuenta que esos inconvenientes ni eran nuevos ni habían surgido en el período de tiempo transcurrido desde la elaboración del Libro Verde hasta la redacción de la propuesta. Aún más, esos argumentos contrarios a la regla 3+ habían sido recogidos en el Libro Verde (apartado 56) como los que habían hecho fracasar la propuesta con ocasión de la revisión de 1997, y se habían rebatido por la propia Comisión (apartado 57) en estos términos: «Desde la época en que se debatió la propuesta de la Comisión de 1996, se ha producido de ipso una armonización significativa de las normas nacionales de control de las operaciones de concentración. Esto debería haber reducido las dificultades de aplicación del sistema propuesto que se identificaron en aquel entonces».

mecanismos establecidos en los arts. 9 y 22. La solución consiste, como se especificará en el apartado referido a las remisiones, en cuatro apartados: mejora de los criterios sustantivos de los arts. 9 y 22; aplicación de estos preceptos a solicitud de las partes en la fase previa de notificación; establecer la competencia de la Comisión cuando lo soliciten, al menos, las autoridades de tres Estados miembros, y, finalmente, la concesión a la Comisión de un derecho de iniciativa para instar remisiones en ambos sentidos.

Bien es cierto que pueden señalarse dos circunstancias que, en cierta medida, suavizan las críticas que pueden realizarse a la Comisión por tan radical cambio de criterio. En primer lugar, se debe señalar la importancia de la creación de la Red Europea de Autoridades de Competencia (RECA), formada por la Comisión Europea y las autoridades de los Estados miembros³⁵, encargada de coordinar sus actuaciones y establecer criterios para la mejor asignación de casos, tanto en el campo de las conductas como en el del control de las concentraciones. En segundo lugar, que, tras la publicación del Libro Verde, el art. 22 del Reglamento, que resultaba inédito desde 1990, se ha aplicado en varias ocasiones³⁶, y, en consecuencia, se han remitido a la Comisión varios expedientes de concentración que habían sido notificados ante diferentes autoridades nacionales. Indudablemente ello ha sido posible gracias a la creación de la RECA, que ha permitido una mayor compenetración en el trabajo de las autoridades nacionales y la Comisión.

Ahora bien, en honor a la verdad, ni aun tomando en consideración estas dos circunstancias, los argumentos de la Comisión resultan convincentes, máxime teniendo en cuenta que se limita a recoger argumentos que con anterioridad había ella misma rebatido, y, además, con contundencia. La verdadera razón hay que encontrarla en el hecho de que la Comisión fue consciente de las dificultades que iba a encontrar en el Consejo para hacer triunfar sus criterios. Nuevamente los Estados miembros no estaban dispuestos a perder competencias a favor de la Comisión en el campo del control de concentraciones. Eso no es nuevo; la novedad se produce en el hecho de que la Comisión se rindiera antes de ser derrotada en sus propuestas. Si tenemos en cuenta lo ocurrido con anterioridad (Libro Verde de 1996 y Reglamento 1310/1997) vemos cómo las reticencias de los Estados eran las mismas, pero el mantenimiento de una postura firme por parte de la Comisión permitió una fórmula (art. 1.3) que, a pesar de su complicación y de todas sus insuficiencias, supuso un incremento de las competencias de la propia Comisión. Eso es lo habitual en el proceso comunitario de elaboración de normas, en el que siempre se buscan

³⁵ La importancia de la próxima creación de la RECA es puesta de manifiesto por quien era Director General de la Competencia de la Comisión, A. SCHAUB («Continued focus on reform: recent developments in EC competition policy», *Fordham Corporate Law Institute*, 2001. Nueva York, 2002, pp. 38-41).

³⁶ N. CALVIÑO, (*op. cit.*, p. 62), cita los casos GE-Agfa NDT, Promatech-Sulzer y GEES-Unison, en todos los cuales intervino España.

soluciones de compromiso en lugar de derrotas o victorias por goleada. Bien es cierto que, en esa ocasión, la Comisión podría haberse encontrado especialmente debilitada como consecuencia de las tres sentencias del Tribunal de Primera Instancia que habían anulado tres de sus decisiones en materia de concentraciones, o bien que pretendiera con ese abandono conseguir otros objetivos. A veces la política comunitaria debe recorrer tantos vericuetos que no resulta fácil comprender ciertas posturas.

Pero lo que es cierto es que, con la renuncia a la regla 3+, la Comisión ha debilitado su postura ante una futura revisión de los umbrales que determinan la dimensión comunitaria, y no sólo eso, también ha perdido, indirectamente, argumentos a favor de instar una mayor armonización de las legislaciones nacionales en materia de control de concentraciones.

El problema es que ha habido una nueva reforma y el problema sigue latente. Por un lado, a nivel de los conceptos es difícil establecer criterios para determinar cuándo existe interés comunitario. Hasta ahora se ha optado por los criterios cuantitativos establecidos en los umbrales, que, además, resultan considerablemente altos. Pero el criterio del interés comunitario es un concepto cualitativo que difícilmente puede cuantificarse como pretende el art. 1 del Reglamento. Indudablemente la regla 3+ ofrece una aproximación más ajustada al concepto de la dimensión comunitaria, aun cuando seamos conscientes de las dificultades que también acarrea (falta de armonización de las legislaciones nacionales sobre el concepto de concentración y los umbrales de notificación, notificación obligatoria o voluntaria, problema consistente en dejar la competencia de la Comisión en manos de decisiones unilaterales de los Estados miembros, etc.), pero si la dimensión comunitaria tiene fundamento en el interés transfronterizo, este interés queda demostrado de forma más eficaz por el hecho de que una operación de concentración pueda afectar de forma significativa a tres mercados nacionales, y, en consecuencia, caiga bajo la jurisdicción de las autoridades nacionales de esos Estados.

El problema surge siempre, en un sistema de competencias compartidas entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, en el hecho de determinar una norma de atribución de competencia entre una y otras. El criterio de la afectación al comercio entre Estados miembros establecido para las conductas hace tiempo que ha entrado en crisis³⁷, y, como ha quedado expresado, el criterio de la dimensión comunitaria para las concentraciones ha sido objeto de debates que tienen más que ver con el juego de poderes y competencias entre las instituciones europeas y los Estados miembros, que con la búsqueda de la solución más idónea.

³⁷ R. ALONSO SOTO, «Las relaciones entre los Derechos comunitario europeo y español de la competencia», J. M. BENEYTO y J. MAILLO (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia (Unión Europea y España)*, t. I, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 59-108; L. BERENGUER FUSTER, «Se debe mantener la exigencia de la afectación al comercio entre los Estados miembros en los arts. 81 y 82 del Tratado?», *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, 2005, pp. 189-208.

B. LA MEJORA DE LOS MECANISMOS DE REMISIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DE LA COMPETENCIA

Como se ha indicado con anterioridad, la postura adoptada por la Comisión para solucionar el problema de las multinotificaciones ha consistido en mejorar el mecanismo de la remisión de expedientes entre la propia Comisión y las autoridades de los Estados miembros. Teniendo en cuenta los preceptos que existían en el Reglamento (art. 9, que formaba parte del Reglamento desde 1989, si bien con ciertas modificaciones introducidas en 1997) bien, al contrario desde las autoridades nacionales a la Comisión (art. 22 del Reglamento 4064/1989, igualmente modificado en 1997)³⁸, se han introducido ciertas modificaciones que pueden permitir un más frecuente uso de los mecanismos previstos en dichos preceptos; el segundo de los cuales, como se ha indicado, no había tenido aplicación antes de 2002.

La primera modificación consiste en añadir al art. 4 dos nuevos apartados (4 y 5) que prevén que los notificantes, en la fase previa a la notificación, puedan pedir a la Comisión la aplicación del art. 9, es decir, la remisión del conocimiento de la concentración a la autoridad nacional, aun cuando sea de dimensión comunitaria, remisión que deberá fundamentarse en el hecho de que la concentración afecta al mercado de ese Estado (art. 4.4) o bien la aplicación del art. 22 y, en definitiva, el conocimiento por la Comisión de una concentración que no cumpla los umbrales del art. 1, y, por lo tanto, carezca de dimensión comunitaria, pero que sea capaz de producir importantes efectos transfronterizos (art. 4.5), siempre que sean susceptibles de ser analizadas por, el menos, tres Estados miembros³⁹.

³⁸ La regla del art. 9 del Reglamento de concentraciones es conocida como la «cláusula alemana», ya que, con ocasión de la elaboración del Reglamento 4064/1989 la postura de la representación alemana en el Consejo era la más reacia a conceder amplias competencias a la Comisión en el campo del control de concentraciones, y, para flexibilizar su postura, exigió que se previera la posibilidad de que la Comisión pudiera remitir el conocimiento de los expedientes a una o varias autoridades nacionales, si éstas eran las «autoridades mejor situadas» para conocer el expediente.

Al art. 22 se le conoce como la «cláusula holandesa», porque fue introducida a iniciativa de la delegación de los Países Bajos, que en ese momento no tenían una legislación que permitiera el control de las concentraciones. Con ocasión de la reforma de 1997, aun cuando ya Holanda se había dotado de una Ley, que estaba pendiente de entrar en vigor, se aprovechó el art. 22 para prever la remisión voluntaria de aquellos expedientes que, sin caer bajo los umbrales de los arts. 1.2 y 1.3, pudieran tener «interés comunitario».

³⁹ P. LOWE, Director General de Competencia de la Comisión Europea, en el período que medió entre el Libro Verde y la redacción de la propuesta de la Comisión, manifestó que una de las opciones que la Comisión estaba barajando para resolver el problema de las multinotificaciones era la de establecer una regla 3+ de carácter voluntario, pero que la fórmula tendría el problema del «forum shopping». Finalmente, la propuesta ha tenido un cierto reflejo en la fórmula de este precepto (art. 4.5) que permite a las partes solicitar la competencia de la Comisión cuando el asunto cae bajo la jurisdicción de tres autoridades nacionales, pero esa solicitud no es vinculante. («Review of the EC Merger Regulation. Forging a way ahead», *European Merger Control Conference*, Bruselas, 8 de noviembre de 2002).

La segunda parte de la modificación implica variar el mecanismo del art. 9. En este precepto se suprime la exigencia de que los Estados miembros tengan que examinar si una concentración crea o refuerza una posición dominante en el mercado [art. 9.2.a)]. En lugar de esa exigencia, la nueva redacción permite que los Estados se dirijan a la Comisión con el argumento de que la concentración afecta de manera significativa a la competencia en el mercado de ese Estado miembro. Se podría pensar que esta modificación es una consecuencia de la sustitución del test del dominio por el de la disminución sustancial de la competencia, que es, con ciertos matices, el que se ha introducido en el Reglamento, pero ese argumento hay que descartarlo si tenemos en cuenta que la modificación del art. 9.2.a) obedece a la propuesta de la Comisión, y en la propuesta de la Comisión no se optaba por el cambio de test sustantivo y se mantenía el test del dominio⁴⁰. La razón de la reforma de este precepto obedece al deseo de mejorar el mecanismo de remisión, facilitando a la autoridad nacional la solicitud de la remisión, ya que la demostración de la existencia o no de una posición dominante precisa de operaciones más complicadas que el simple argumento de la afectación de forma significativa a la competencia en un mercado.

Finalmente, el art. 22 sería objeto de diversas modificaciones para facilitar la remisión a la Comisión de las concentraciones que, sin superar los umbrales establecidos en el art. 1, pudieran afectar al comercio entre Estados miembros. A tales efectos, la nueva redacción propuesta para el art. 22 del Reglamento prevé que uno o varios Estados miembros puedan solicitar a la Comisión que examine un expediente de concentración que carezca de dimensión comunitaria según el art. 1 del Reglamento. A tal solicitud podrán adherirse los demás Estados afectados. Pero en este apartado el Consejo tampoco ha aceptado la propuesta de la Comisión, que preveía que si la totalidad de los Estados o, al menos, tres de ellos solicitaban que la Comisión examinara la concentración, ésta quedaría sometida a la jurisdicción comunitaria, y en su lugar ha adoptado la regla según la cual si la Comisión acepta tramitar el expediente, lo hará exclusivamente respecto a la concentración en el mercado de aquellos Estados que hayan presentado o se hayan adherido a la solicitud, quedando intacta la competencia de los Estados que se opongan a la remisión.

Indudablemente las nuevas modificaciones introducidas en el Reglamento constituyen una mejora sobre el sistema anterior, y si bien no es previsible que resuelvan plenamente el problema de las plurinotificaciones, es posible que al menos lo reduzcan de forma significativa. Es cierto que, una vez que se ha optado por ese sistema, habrá que estar atentos a

⁴⁰ A. SÁNCHEZ GRAELLS, «El sistema de remisión de asuntos entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en el nuevo Reglamento (CE) 139/2004 sobre Control de Concentraciones»; ponencia presentada en el II Congreso de Derecho y Economía de la Competencia, Universidad Antonio de Nebrija, 24 de septiembre de 2004 (pendiente de publicación).

la práctica que se vaya imponiendo, y, sobre todo, al funcionamiento de los mecanismos de cooperación en la Red Europea de Autoridades de la Competencia, que resultan fundamentales para el éxito de la fórmula por la que se ha optado, pero lo que es cierto es que en todo el proceso de elaboración de estas fórmulas, como en tantas otras materias, siempre han estado presentes las reticencias de los Estados miembros a conceder nuevas competencias a la Comisión Europea en este campo.

Algunas observaciones pueden efectuarse en las concretas modificaciones aprobadas.

a) *Remisiones en fase de prenotificación*

Como se ha indicado, las innovaciones en esta materia han consistido en la introducción en el art. 4 del Reglamento de dos nuevos párrafos (4 y 5), en el primero de ellos se contienen las previsiones de remisión de una concentración, que caería bajo la competencia de la Comisión, a un Estado miembro, y, en el segundo, la remisión en sentido contrario, es decir, desde los Estados miembros a la Comisión Europea.

La primera observación que se puede señalar es que la iniciativa corresponde exclusivamente a quienes hayan de ser notificantes, lo cual significa un avance considerable respecto del sistema de remisión anteriormente previsto, por cuanto que se concede el derecho de manifestar cuál es la autoridad mejor situada a quienes son los sujetos de la concentración, y ello significa un incremento, siempre loable, de los derechos procesales de los afectados. Este extremo implica que esta reforma haya sido una de las modificaciones del Reglamento que hayan merecido opiniones más favorables⁴¹. Esta legitimación no puede concederse ni a los Estados ni a la Comisión, como resulta lógico si tenemos en cuenta que se trata de la fase de la prenotificación, y ni las autoridades nacionales ni la Comisión conocen el caso ni, lógicamente, han iniciado tramitación alguna.

En segundo lugar podría indicarse que existe una diferencia en cuanto a los supuestos de los apartados 4 y 5 del art. 4. Mientras que para solicitar que un expediente de concentración de dimensión comunitaria sea conocido por un Estado habrá que motivar que la concentración puede afectar de manera significativa a la competencia de ese Estado, que presenta todas las características de un mercado definido, para solicitar la competencia de la Comisión bastará que se demuestre que la concentración puede ser analizada por tres Estados miembros, y además que se motiven las razones por las que la concentración debería ser examinada por la Comisión.

⁴¹ S. MARTÍNEZ LAGE, *op. cit.*, p. 6.

Los dos cuestiones adicionales pueden plantearse en este apartado. En primer lugar en el supuesto del número 4, la previsión del Reglamento se refiere exclusivamente a la remisión a un solo Estado, por lo que puede plantearse si puede ser utilizado ese cauce para solicitar la remisión a varios Estados, y la respuesta a esa pregunta ha de ser afirmativa, ya que se prevé la posibilidad de remisión total o parcial, y, además, remite al art. 9, que ha permitido con anterioridad remisiones parciales a varios Estados miembros.

Por otra parte, hay que señalar que, para el supuesto del número 5 se exige que la operación caiga dentro del concepto de concentración del art. 3 del Reglamento. Es decir, que si una operación es susceptible de ser analizada por las autoridades de tres o más Estados miembros que prevean un concepto de concentración más amplio que el establecido en el Reglamento comunitario, y que, según éste, no pueda ser calificada como concentración, no cabe la aplicación de la regla.

Finalmente, aunque se conceda una importante participación a la Comisión para la tramitación de estas iniciativas de remisión (a la Comisión corresponde tramitar las solicitudes), sigue persistiendo el derecho de veto por parte de los Estados miembros afectados, de modo que si éstos no la aceptan, la remisión no podrá ser llevada a cabo. Posiblemente no podría haberse ido más lejos, sobre todo para evitar el problema de las plurinotificaciones, lo cual se conseguiría con un mayor automatismo (por ejemplo, añadiendo a la iniciativa de los notificantes la decisión de la Comisión que compruebe que están presentes los requisitos para que proceda la remisión, para alejar el fantasma del «*forum shopping*»), pero, aun con el mantenimiento del derecho de veto de los Estados, hay elementos positivos tales como el hecho de que el veto ha de ser explícito y el silencio de éstos se interpreta en sentido positivo. A pesar de ello, no puede ocultarse que, de nuevo, tras la existencia de ese derecho de veto se ocultan las reticencias, a las que tantas veces se ha hecho mención, a ampliar las competencias de la Comisión.

b) *Remisiones tras la notificación*

Como se ha indicado anteriormente, las remisiones, una vez notificada la concentración, estaban previstas en el Reglamento 4064/1989, pero en el Reglamento 139/2004 se introducen modificaciones que mejoran los mecanismos allí previstos. Obviamente en este caso, a diferencia de las remisiones en fase de prenotificación, corresponde la iniciativa a las autoridades nacionales de los Estados miembros, y no a los notificantes, que ya tuvieron su oportunidad en la fase de prenotificación. En este apartado debe indicarse que en el sistema anterior a la reforma de 2004, la iniciativa tanto en el art. 9 como en el art. 22 correspondía exclusivamente a los Estados miembros, pero, en el primero de esos preceptos, la iniciativa podía

ser adoptada a instancias de la Comisión, mientras que en el supuesto del art. 22 no existía una previsión similar. En el Reglamento 139/2004 se corrige ese desequilibrio y se introduce en el art. 22 un párrafo, señalado con el número 5, en el que se concede a la Comisión la posibilidad de informar a los Estados miembros de que una concentración que no alcance los umbrales de la dimensión comunitaria afecta al comercio entre Estados miembros, e invitar, en consecuencia, a presentar una solicitud de remisión.

Como se puede observar, no se concede a la Comisión un derecho de iniciativa propiamente dicho —como tampoco existe en el supuesto de que la concentración sea de dimensión comunitaria y deba ser analizada por las autoridades de los Estados miembros—, sino simplemente el derecho a invitar a que los Estados miembros adopten la iniciativa.

Para el primero de los supuestos de esta remisión, es decir, remisión por parte de la Comisión a los Estados miembros, el art. 9.2 prevé que el Estado miembro, para solicitar que se le remita el expediente, puede basarse en uno de estos dos supuestos:

a) Que una concentración amenaza con afectar de forma significativa a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido.

b) Que una concentración afecta a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido y no constituye una parte sustancial del mercado común.

Como puede observarse, la fórmula empleada en el primero de estos párrafos es similar a la empleada en el art. 4.4 para la remisión en fase de prenotificación, con lo cual existe un positivo paralelismo entre los presupuestos objetivos de remisión en ambos supuestos, pero, sin embargo, existe cierta dificultad para diferenciar entre los dos supuestos previstos en el art. 9.2.

Las diferencias de la redacción parecen claras, mientras que en el supuesto de la letra a) basta que la concentración amenace con afectar a la competencia, en el de la letra b) no basta con la amenaza, sino que la afectación ha de ser real. Por otra parte, en el primer supuesto se exige que la afectación a la competencia sea «de forma significativa», exigencia que no se mantiene en el segundo supuesto, en el que, sin embargo, se exige que el mercado afectado no constituya una parte sustancial del mercado común, lo cual no ocurre en la letra a).

Si las diferencias de redacción son claras, no lo son tanto los supuestos de aplicabilidad de uno y otro párrafo, o, por indicarlo de otra manera, parece difícil concebir un caso que quepa dentro del segundo supuesto y no lo haga en el primero⁴². La diferencia entre «afectar» y «amenazar

⁴² A. SÁNCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, opina que la razón de ser del endurecimiento de los requisitos del art. 9.2.b) se debe a que la remisión solicitada será automática siempre que las autoridades nacionales justifiquen el cumplimiento de los requisitos sustantivos previstos en ese párrafo, mien-

afectar» no tiene trascendencia, ya que en materia de concentraciones cualquier análisis que se realice ha de ser basado en una prospectiva, es decir, sobre efectos previsibles nunca sobre efectos pasados. En cuanto a que la afectación lo sea de manera significativa o no, será una apreciación que tendrá que hacerse como resultado del análisis de la concentración, sin que sea posible realizarla en el momento inmediato a la notificación. Finalmente, conocido el criterio mantenido por la Comisión y los Tribunales comunitarios sobre el concepto de «una parte sustancial del mercado común», no parece resultar un elemento que vaya a servir de elemento de diferenciación, y, además, siempre se puede tener en cuenta que si los otros dos requisitos anteriormente comentados no implican diferencias, siempre se podrá acudir al criterio del art. 9.2.a), obviando el criterio de la «parte sustancial» contenido en la letra b).

Se trata, pues, de dos supuestos en los que no se encuentra la razón de ser de las diferencias... al menos si no tenemos en cuenta los antecedentes. La redacción en dos párrafos diferentes del art. 9.2 fue realizada en el Reglamento 1310/1997. El texto del apartado b) se ha mantenido sin variaciones en la redacción vigente, mientras que el primitivo del apartado a) era sustancialmente diferente del actual, por cuanto que exigía, para que la remisión pudiera tener lugar, que «una operación de concentración amenaza con crear o reforzar una posición dominante, de lo que resultaría que una competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa en un mercado en el interior de ese Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido». Como puede comprobarse, la redacción en dos párrafos diferenciados tenía razón de ser en la redacción de 1997, por cuanto que se refería a dos supuestos diferentes: creación o reforzamiento de una posición dominante, y afectación a la competencia, pero cuando se sustituye del apartado a) el criterio de la posición de dominio para introducir el de afectación de forma significativa a la competencia⁴³, la diferencia carece de razón de ser, porque ambos apartados se refieren al mismo supuesto, y o bien debería haberse suprimido el apartado b), o bien haberse refundido ambos apartados en uno solo.

tras que la Comisión mantendrá un alto grado de discrecionalidad para adoptar decisiones basadas en el art. 9.2.a), aunque recuerda la Sentencia del TPI en el Asunto SEB/Moulinex, de 3 de abril de 2003, en la que se afirma que los requisitos establecidos en el art. 9 tienen carácter jurídico y deben interpretarse con base en elementos objetivos, lo que reduce la discrecionalidad de la Comisión.

⁴³ Como se ha apuntado anteriormente, la razón de la modificación del art. 9.2.a) no hay que encontrarla en el cambio de test sustantivo para el análisis de las concentraciones. Estamos en el capítulo de remisiones y no en el análisis material de los efectos de una concentración, pero, además, hay que tener en cuenta que la modificación de ese apartado está incluida en la propuesta de la Comisión (DOCE, C20, 28 de enero de 2003), y en esa propuesta se mantenía, con ciertos matices, el test del dominio. En las justificaciones de su propuesta, la Comisión aduce, con toda la razón, que la redacción de 1997 obliga a los Estados miembros a examinar si la concentración crea o refuerza una posición dominante y, con ello, a presentar unas conclusiones preliminares detalladas sobre la evaluación competitiva del caso. La Comisión no justifica el porqué del mantenimiento del apartado b).

También debe realizarse un comentario crítico al hecho de que no se haya introducido un criterio en cuya presencia no debería tener lugar la remisión: el interés comunitario o bien la afectación al comercio entre Estados miembros. Si en el art. 22.1 se exige ese requisito para atribuir la posible competencia de la Comisión para el conocimiento de concentraciones que no alcancen los umbrales de la dimensión comunitaria, no se entiende que ése no sea un criterio para impedir la remisión a las autoridades nacionales de concentraciones que superen dichos umbrales.

En cuanto a las modificaciones introducidas en el art. 22, la primera afecta al requisito objetivo para que pueda tener lugar la remisión a la Comisión de concentraciones que carezcan de dimensión comunitaria. El texto del art. 22, en la redacción dada por el Reglamento 1310/1997 exigía un doble requisito: que la concentración creara o reforzara una posición dominante en uno o varios Estados miembros, y que afectara al comercio interestatal. El art. 22.1 del Reglamento 139/2004 sigue exigiendo un doble requisito, pero variando el primero de ellos, ya que exige que la concentración amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado o Estados miembros que presenten la solicitud, y manteniendo el requisito de la afectación al comercio comunitario. Como puede comprobarse, la variación del primero de estos requisitos coincide con la fórmula utilizada en el art. 9.2.a).

Al igual que en otros apartados, en la redacción del art. 22 el Consejo ha limitado las propuestas de la Comisión, en la medida en que ha interpretado que suponían una ampliación de las competencias de ésta. En el art. 22.3 de la propuesta de la Comisión se pretendía un automatismo consistente en considerar que si todos los Estados miembros con competencia para examinar una concentración, o al menos tres de ellos, solicitaban la remisión a la Comisión, la concentración se consideraría de dimensión comunitaria y sería tramitada por ésta. Este apartado ha desaparecido y, en su lugar, se ha establecido una regla en virtud de la cual si un Estado se opone a sumarse a la solicitud de remisión, continuará conociendo de la concentración (art. 22.2, tercer párrafo), si bien esta negativa ha de ser expresa.

Si en el art. 9 existía un paralelismo entre los requisitos objetivos previstos para la remisión en fase de prenotificación en el art. 4.4, en el art. 22 no existe el mismo paralelismo con el requisito previsto en el art. 4.5, en cuyo precepto se establece la posibilidad de solicitar la competencia de la Comisión cuando la concentración sea susceptible de ser analizada por, al menos, tres Estados miembros. Como puede comprobarse, los requisitos establecidos en el art. 22.1 no mencionan esa posibilidad e introducen el concepto de afectación al comercio entre Estados miembros, que no se incluye en el art. 4.5.

c) *Conclusiones sobre los sistemas de remisión previstos en el Reglamento*

Como se ha indicado anteriormente, la Comisión renunció a su propuesta de la regla 3+ prevista en el Libro Verde para delimitar sus competencias, a cambio de lo que denominó «un sistema de remisiones racionalizado». Tras analizar las modificaciones introducidas en el sistema de remisiones, aun reconociendo algunos avances, es necesario concluir que la racionalización ha brillado por su ausencia.

Indudablemente el mayor de los avances obtenidos consiste en prever la posibilidad de realizar remisiones en fase de prenotificación, aun cuando se las haya revestido de la cautela de prever el derecho de veto, pero al lado de esta ventaja el sistema no puede ser calificado como coherente. Para fundamentar esta afirmación, baste con recordar la diferencia de criterios utilizados, por ejemplo, en las remisiones a favor de la Comisión, según sean instadas en período de prenotificación y en notificación, o las diferencias entre los presupuestos de remisión de los arts. 9 y 22, con la aparición en este último precepto del requisito de la afectación al comercio entre Estados miembros, que no aparece en el art. 9 como requisito negativo que podría impedir la aplicación de la remisión a favor de los Estados miembros. Otro tanto podría decirse del veto por parte de cualquier Estado que pudiera conocer del expediente a que se efectúe la remisión total a la Comisión.

En definitiva, para conseguir que sea efectivo el principio de «one-stop-shop», o para que la Comisión pueda tener competencia, en principio, en todas las concentraciones que tengan importantes efectos transfronterizos, el Reglamento 139/2004 ha sido una ocasión en buena parte perdida para establecer un sistema de remisiones fácilmente aplicable, que ofrezca coherencia y seguridad jurídica. Cabe pensar si no habría sido mejor arbitrar un sistema para las remisiones sin posibilidades de veto, con causas tasadas que impidieran la discrecionalidad de la Comisión, y, lógicamente, con revisión jurisdiccional. En ese supuesto, y siempre sobre la base del ejercicio de una iniciativa, se establecería la remisión del expediente para su consideración por la autoridad mejor situada, remisión que debería ser realizada a favor de la Comisión cuando la concentración tenga significativos efectos transfronterizos.

Es cierto que el sistema puede ir funcionando⁴⁴, pero será gracias a la Red Europea de Autoridades de Competencia más que como consecuen-

⁴⁴ Las primeras sensaciones obtenidas del funcionamiento del sistema en los primeros meses de 2004 resultan en buena medida positivas. Así, en los nueve primeros casos en los que se solicitaba la intervención de la Comisión, a tenor del art. 4.5 del Reglamento, únicamente dos han sido vetadas por los Estados miembros (M. MONTI, «Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation», *IBA 8th Annual Competition Conference*, Fiesole, 17 de septiembre de 2004).

cia de las bondades de unos preceptos del Reglamento que si de algo están sobrados es de reticencias y resistencias a ampliar las competencias de la Comisión Europea. Y ello posiblemente será así porque un sistema con tantas cautelas como el establecido sólo puede funcionar mediante la coordinación y la cooperación entre sus actores. Y eso es lo que pretende y facilita esa Red.

C. EL TEST SUSTANTIVO

Posiblemente entre las cuestiones sometidas a reforma en el Reglamento de concentraciones, la que haya hecho correr más ríos de tinta haya sido la relativa al cambio de test que se debe utilizar para analizar las operaciones de concentración.

Según el art. 2.3 del Reglamento 4064/1989, deberían declararse contrarias al mercado común las operaciones de concentración que supusieran un obstáculo significativo para la competencia «al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo», consagrando el test del dominio, que era utilizado por la mayor parte de las legislaciones europeas, y que constituía el pilar del Reglamento de Concentraciones⁴⁵. Por otra parte, el test utilizado por las autoridades americanas (y otras europeas entre las que se puede incluir España) era el de la reducción sustancial de la competencia (*Substantial Lessening of Competition-SLC*).

El debate sobre la conveniencia de cambio de test sustantivo se abrió por la Comisión Europea como consecuencia del Libro Verde de 2001, y casi exclusivamente en razón de coordinar los criterios de apreciación de las concentraciones con otras autoridades internacionales de la competencia, particularmente las norteamericanas, en un período en el que las concentraciones de dimensión supracomunitaria estaban proliferando. Pero del análisis del Libro Verde se pueden extraer tres conclusiones. La primera es la ya indicada acerca de que el motivo de abrir el debate sobre un posible cambio de test había que encontrarlo en los problemas derivados de la dimensión internacional de las concentraciones⁴⁶; la segunda es que la Comisión se encontraba satisfecha del funcionamiento del test del dominio⁴⁷, y, finalmente, que el debate iba a tener un largo recorrido, por

⁴⁵ M. MONTI, «The main challenges for a new decade of EC Merger Control», *EC Merger Control. 10th Anniversary Conference*, Bruselas, 14-15 de septiembre de 2000.

⁴⁶ En el apartado 167 del Libro Verde se indica: «Sin embargo, dado que las operaciones de concentración tienen una dimensión cada vez más internacional, la Comisión considera llegado el momento de iniciar un debate exhaustivo sobre las respectivas ventajas de ambos criterios a efectos del control de las operaciones de concentración».

⁴⁷ En el mismo apartado 167 se indicaba que «la experiencia de la aplicación del criterio de dominación no ha puesto de manifiesto ninguna grieta importante en el alcance del mismo». Y añade de unas palabras que pronto se verían contradichas por la realidad: «Tampoco ha producido frecuentemente resultados divergentes cuando este criterio ha sido aplicado por otros órganos jurisdiccionales». Pronto el Tribunal de Primera Instancia haría que este último inciso careciera de sentido.

lo que era posible que no se llegara a una conclusión definitiva en la anunciada revisión del Reglamento⁴⁸.

Una de las razones de las ventajas del test de dominio que se aducían en el Libro Verde era que había permitido interpretaciones de los Tribunales comunitarios que habían dado lugar al concepto de «posición de dominio colectiva»⁴⁹, y precisamente por la interpretación judicial de ese concepto se iba a desencadenar un proceso que iba a dar al traste con las iniciales pretensiones de la Comisión.

En septiembre de 2000, con ocasión de una conferencia organizada por la Comisión para conmemorar el décimo aniversario del Reglamento de Concentraciones, el Director de la Merger Task Force de la Comisión, Götz Drauz, anunciaba un extremo que iba a permitir una denominaba tercera generación en la evolución del concepto de posición de dominio colectiva, basada en los efectos unilaterales del oligopolio⁵⁰, que habría sido aplicada en la Decisión de 22 de septiembre de 1999 recaída en el asunto Airtours/First Choice. Obviamente, la sentencia del TPI anulando esta decisión iba a provocar que el debate del cambio de test alcanzara una dimensión considerablemente mayor que la inicialmente concebida.

Si algo llama la atención en el debate relativo al test sustantivo es la poca significación que, frecuentemente, se le concede a un cambio de test. O por expresarlo de otra manera, el buen número de opiniones que se han encargado de señalar que las conclusiones que se alcanzan con el test del dominio terminan siendo las mismas que se obtienen si se utiliza el test SLC. Naturalmente, para realizar esta afirmación hay que tener en cuenta una doble circunstancia: en primer lugar, que esa confluencia se produce como consecuencia de la aplicación del concepto de la posición de dominio colectiva, siempre que el concepto se extienda hasta la inclusión de los efectos unilaterales de los oligopolios, y, en segundo lugar, que esa opinión era mantenida fundamentalmente por quienes desempeñaban sus funciones en las distintas autoridades de la competencia⁵¹.

⁴⁸ Apartado 169 del Libro Verde.

⁴⁹ Apartado 164 del Libro Verde.

⁵⁰ G. DRAUZ, «Recent developments in the Assessment of Dominance», en la Conferencia celebrada en el Hotel Metropol de Bruselas con ocasión del décimo aniversario del Reglamento de Concentraciones, Bruselas, 14-15 de septiembre de 2000; N. JALABERT-DOURY, *op. cit.*, p. 1. La primera generación sería la de oligopolios colusivos especialmente activos, mientras que la segunda lo constituirían los oligopolios basados en la colusión tácita. En su intervención en la misma Conferencia el Comisario Monti (ver nota 44) ratificó estos criterios con un apoyo explícito a la intervención de Drauz. Esta inclusión de los efectos unilaterales de las concentraciones en situación oligopolística iba a ser puesta de manifiesto por la propuesta de la Comisión de Comunicación relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales, publicada en diciembre de 2002. Ver J. y J. M.^a JIMÉNEZ LAIGLESIA, «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales. Una primera aproximación al proyecto de Comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/1989 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas», *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, p. 232.

⁵¹ Ver, por ejemplo, N. CALVIÑO, *op. cit.*, p. 76; G. SOLANA, «Diferencias entre EEUU y la UE en materia de control de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid-Barcelona,

Obviamente quienes mantenían que tanto con el test de dominio como con el SLC se llegaba a las mismas conclusiones no se mostraban, en principio, partidarios del cambio de test.

Por el contrario, quienes se mostraban partidarios de cambiar de test se encargaron de poner de manifiesto las diferentes análisis que se producirían con la aplicación de uno y otro. Normalmente era la postura mayoritariamente mantenida entre las firmas de abogados y los académicos⁵². Por su parte los representantes de la industria, temerosos de que con el test SLC se prohibieran más concentraciones que con el test de dominio, tendían a mostrarse contrarios al cambio⁵³.

No es el momento de entrar a analizar los argumentos a favor de uno y otro test, que están sobradamente repetidos⁵⁴, sino, en cualquier caso, el de resumir que los partidarios del test de dominio argumentaban que con cualquiera de ambos se obtenían similares resultados, y que un cambio afectaría, al menos en los primeros momentos, a la seguridad jurídica, por cuanto que carecerían de valor los precedentes de las decisiones de la

Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, p. 29; C. ESTEVA MOSSO, *op. cit.*, p. 89; P. LOWE, «Recent Reforms and future projects for the enforcement of the EU anti-trust system», conferencia el 8 de julio de 2003 en Madrid, en la Jornada Anual del TDC; A. SCHAUB, «Continued focus on reform: recent developments in EC Competition Policy», *Fordham Corporate Law Institute 2001*, New York, 2002, p. 49; M. MONTI, «Review of the EC Merger Regulation. Roadmap for the reform project» *op. cit.*, «Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation», *op. cit.*

⁵² Así lo señala M. MONTI al comentar las respuestas dadas al Libro Verde («Review of the Ec Merger Regulation. Roadmap for the reform project» *op. cit.*), al tiempo que señala que los representantes de la industria, temerosos de que el test SLC vaya a suponer un mayor número de declaraciones de incompatibilidad, mayoritariamente se muestran contrarios al cambio del test sustantivo. R. BRANDEBURGER y T. JANSSENS («European Merger Control: do the checks and balances need to be re-set?», *Fordham Corporate Law Institute 2001*, New York, 2002, pp. 156 ss.) critican la evolución del concepto de posición de dominio colectiva, y proponen que en lugar de continuar por esa vía, que genera inseguridad jurídica, podría ser más oportuno abandonar el test de dominio y adoptar el SLC. J. R. BORRELL y A. COSTAS («La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso Airtours/First Choices», *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, pp. 203 ss.) realizan un bien fundamentado análisis sobre las diferencias de ambos test, y terminan abogando por el abandono del test de dominio y su sustitución por el SLC.

⁵³ Ver lo que indica MONTI en el lugar indicado en la nota anterior. N. CALVIÑO (*op. cit.*, pp. 78-79) indica que uno de los argumentos que utilizaron en el Consejo los partidarios de mantenimiento del test de dominio a la hora de aprobar el Reglamento 139/2004 era precisamente que con el test SLC se prohibirían más concentraciones. Ese temor había de mostrarse infundado, pues, como acertadamente se ha encargado de señalar G. SOLANA («Diferencias...» *op. cit.*), en los tres casos más significativos en los que recientemente han resuelto las autoridades norteamericanas (test SLC) y europeas (test de dominio), la decisión de estas últimas ha sido más estricta que la de las primeras.

⁵⁴ P. LOWE, («The substantive standar for merger control, and the treatment of efficiencies in merger analysis: an EU perspective», *Fordham Annual Antitrust Conference*, New York, 30-31 de octubre de 2002) señala que la presentación que ha hecho la Comisión para abrir el debate sobre el cambio de test en el Libro Verde ha sido lo más neutra posible, y resume a continuación los argumentos que han aportado los partidarios de una y otra postura. N. CALVIÑO (*op. cit.*, pp. 78 ss.) expone los argumentos empleados en el Consejo por los partidarios del mantenimiento del test de dominio y los partidarios de su sustitución por el SLC.

Comisión y las sentencias de los Tribunales comunitarios. Por su parte, los partidarios del SLC critican que el test de dominio se centra en el análisis de la estructura del mercado⁵⁵ e impide o dificulta el análisis dinámico, mientras que el SLC permite el análisis económico. En el campo de las convergencias internacionales, mientras que los partidarios del SLC argumentan la convergencia con los Estados Unidos, los partidarios del mantenimiento del test de dominio recuerdan que el test de dominio es el que se aplica en la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros (entre ellos los nuevos miembros, que se habían inspirado en la legislación comunitaria) y, por lo tanto, una convergencia con las autoridades americanas podría conducir a una divergencia entre las propias europeas.

El caso es que, con independencia de los argumentos a favor de uno u otro test, la Sentencia *Airtours/First Choice* vino a precipitar un debate que la Comisión tenía previsto afrontar con calma. La posición de partida de la Comisión consistía en mantener el test de dominio y, como se ha indicado, demostrar que su utilización podría conducir a un análisis similar al del test SLC como consecuencia del desarrollo y ampliación del concepto de la posición colectiva de dominio. Pero para esta ampliación era un elemento imprescindible la denominada «tercera generación» del concepto, basada en analizar los efectos unilaterales de una situación de oligopolio.

Pero todo el argumento vino a derruirse como un castillo de naipes cuanto el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión, en el que se había aplicado esa última ampliación del concepto de posición colectiva de dominio, y consideró que los fundamentos en los que se había basado la Comisión en su Decisión *Airtours/First Choice* para presumir comportamientos anticompetitivos en el oligopolio resultante de la fusión eran erróneos. Según la Decisión, que despertó grandes expectativas, la colusión no es un requisito para situaciones de posición de dominio colectiva, pues bastaba con los comportamientos (unilaterales) de adaptación al mercado para que se produjeran los efectos contrarios a la competencia, y, en consecuencia, pudiera ser prohibida la concentración. Tal interpretación produjo que se llegara a pensar que la Comisión estaba intentando aplicar el test SLC en lugar que el de dominio⁵⁶. Pero el Tribunal de Primera Instancia, en su Sentencia de 6 de junio de 2002⁵⁷, exigió que para que una concentración pudiera ser declarada incompatible con el mercado común por reforzar una posición de dominio colectiva, deberían reunirse ciertos requisitos: en primer lugar, que existiera transparen-

⁵⁵ J. R. BORRELL y A. COSTAS (*op. cit.*, p. 210) señalan que «la CE tiene que probar como condición previa y necesaria que la empresa fusionada crea o refuerza una posición de dominio en el mercado, para posteriormente demostrar que esa posición de dominio conduce a una restricción sustancial de la competencia. Éste es un camino tortuoso y de resultados inciertos», por lo que se muestran firmemente partidarios de su sustitución.

⁵⁶ John Temple LANG, «Oligopolies and joint dominance in Community Antitrust Law», *Fordham Corporate Law Institute 2001*, New York, 2002, p. 291.

⁵⁷ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, en el Asunto T-342/99, *Airtours plc. c. Comisión*.

cia en el mercado, para que todos los participantes en el oligopolio pudieran conocer el comportamiento de los restantes miembros; en segundo término, que la coordinación tácita pudiera mantenerse en el tiempo por existir incentivos para no apartarse de la línea de conducta común; y, finalmente, habría de tenerse en cuenta cuál pudiera ser la reacción de los competidores y los consumidores, que podría llegar a alterar la línea de acción común del oligopolio. En definitiva, para el Tribunal de Primera Instancia una posición de dominio colectiva no existe más que cuando concurre un evidente riesgo de colusión, aunque sea tácita.

En esta situación, la Comisión se vio forzada a acelerar cualquier decisión sobre el cambio de test, pues de no hacerlo así no podría utilizar el concepto de posición de dominio colectiva en el sentido que había anunciado, es decir, el concepto no podría alcanzar la pretendida tercera generación de teorías sobre la posición de dominio colectiva.

Pero la reacción de la Comisión, al elaborar su propuesta de Reglamento, no pudo ser más timorata. Quiso mantener el concepto de la posición de dominio, pero para contemplar los supuestos de comportamiento unilateral en situación de monopolio introdujo un párrafo interpretativo en el art. 2.4, según el cual «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». La pretensión de corregir con este apartado la doctrina de la Sentencia *Airtours* resulta clara, y aún más clara todavía resulta si se analiza el contenido de la propuesta que hizo la Comisión de un considerando 21, en el que se indicaba que el concepto de posición colectiva de dominio cubría las situaciones en las que, al desaparecer un operador en una situación de monopolio, se reducía la presión competitiva, sin que fuera necesaria la coordinación entre los miembros del monopolio⁵⁸.

Esta pretensión de la Comisión no resultó pacífica, ya que crear un concepto de posición dominante a los solos efectos del Reglamento de Concentraciones supone crear un concepto que no va a ser equivalente al del art. 82 del Tratado, y este hecho, por lo tanto, produciría que la jurisprudencia en la que se aplica este precepto no podría ser utilizada en materia de concentraciones. Por otra parte, si una de las razones por las que la Comisión se resistía a incluir el test de la disminución sustancial de la competencia (SLC) era que se mostraba sensible a las opiniones que argumentaban que un cambio de test sustantivo provocaría la inaplicabili-

⁵⁸ Con modificaciones que son consecuencia del contenido del texto normativo definitivamente aprobado, este considerando se ha convertido en el considerando 25 del Reglamento, en el que se expone con toda claridad que se pretende con la reforma que se contemple como motivo para declarar incompatible con el mercado común la concentración, que ésta produzca la posibilidad de comportamientos no coordinados en una situación de oligopolio.

dad de los precedentes y afectaría a la seguridad jurídica, ese mismo comentario negativo podría hacerse para la propuesta de la Comisión.

Pero el Consejo decidió no aceptar la propuesta de la Comisión y esa pretensión de crear un nuevo concepto de posición de dominio que únicamente fuera aplicable en el Reglamento de Concentraciones no tuvo muchos defensores. Pero cuando en el seno del Consejo, en cualquier materia, existen, como ocurría en este caso, posiciones encontradas, al final terminan triunfando posiciones de compromiso que no impliquen la existencia de vencedores y vencidos..., pero frecuentemente lograr ese objetivo supone una pérdida de nitidez de las fórmulas incorporadas a la norma.

Finalmente, la fórmula que se aprobó para el art. 2.2, según el cual se deberían declarar compatibles con el mercado común aquellas concentraciones que no fueran susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, «en particular como consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante»⁵⁹.

Sólo el paso del tiempo y el análisis que de esta fórmula se haga por la Comisión y por los Tribunales de Justicia nos permitirá un comentario sosegado sobre si se ha acertado o no en la fórmula elegida. Desde el punto de vista político siempre supone un éxito lograr consensos para la elaboración de normas, pero a veces, como se ha indicado anteriormente, ese consenso se logra a expensas de la claridad. Porque optar por el test del dominio tenía unas ventajas, y existían otras a favor del SLC, pero una y otra opción compartían la ventaja de ser criterios sobradamente elaborados por la teoría y la práctica de las autoridades de la competencia y los Tribunales de las instancias que utilizaban un test u otro, pero ahora surge un concepto que en cierta medida intenta recoger las ventajas de una y otra alternativa, pero no es posible saber si lo conseguirá. En cierta medida, la nueva redacción del art. 2.4 permite afirmar que existe una cierta coherencia, cosa que no siempre ocurre cuando se procede a la reforma parcial de las normas comunitarias, con el art. 2.1, por cuanto introduce conceptos que estaban contenidos en este último precepto, tales como el de competencia efectiva, o bien la necesidad de tener en cuenta la estructura de los mercados.

Al fin y al cabo, posiblemente sea necesario huir de conceptualismos, o del medio al cambio. Los test sustantivos para analizar las concentra-

⁵⁹ La fórmula que se utilizó como base para la que resultó definitivamente aprobada fue conocida como «fórmula franco-española» porque eran las representaciones de estos dos países las que inicialmente la propusieron (N. CALVIÑO, *op. cit.*, p. 83). En cierta medida incorpora algunos de los conceptos que están presentes en la Ley de Defensa de la Competencia española de 17 de julio de 1989. El test incluido en el Reglamento ha merecido el nombre de SIEC, de nuevo utilizando las siglas de la descripción en inglés: «*Significant Impediment of Effective Competition*», sin duda para marcar las diferencias con el test SLC, pero si podía ser discutible si la utilización del test de dominio y el SLC conducen o no al mismo resultado, no puede haber ninguna duda de que tanto el SLC como el SIEC van a conducir al mismo resultado.

ciones no pueden ser conceptos dogmáticamente cerrados, y al fin y al cabo no son más que fórmulas compuestas por palabras, destinadas a ser interpretadas, y corresponderá comprobar si «reducción sustancial» significa algo muy diferente de «obstaculización de manera significativa». El Reglamento pretende⁶⁰ que el concepto de obstaculización significativa de la competencia sólo pueda ser interpretado, más allá del concepto de posición de dominio, para incluir los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan, aisladamente, una posición dominante, pero también en ese punto habrá que estar a la interpretación de los Tribunales comunitarios.

Será necesario igualmente comprobar si la mención a la posición de dominio sirve para aprovechar buena parte de los precedentes, o significa simplemente un deseo de que no quede ignorada la importancia de los factores estructurales al analizar las concentraciones⁶¹. Habrá, pues, que esperar a esas interpretaciones para formar un criterio definitivo y, en definitiva para hacer una valoración sobre las ventajas e inconvenientes que ha podido suponer el cambio de test.

D. PODERES DE LA COMISIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y CONDICIONES IMPUESTAS

Si la concentración sometida a análisis de la Comisión presenta problemas de competencia, los notificantes pueden bien modificar su propuesta, o bien, lo que es más frecuente, ofrecer compromisos con la finalidad de hacer compatible la operación con el mercado común. Tales compromisos, si son aceptados, se convierten en soluciones (*remedies*) que se incorporan a la decisión que dicte la Comisión.

Ahora bien, para asegurar el cumplimiento de tales soluciones, cuando la concentración se aprueba recogiendo los compromisos propuestos, la Comisión puede imponer obligaciones y condiciones. La Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento 4064/1989⁶² se encarga de establecer la diferencia entre condiciones y obligaciones. La realización de una medida que lleve a cabo el cambio estructural del mercado (por ejemplo, la cesión de una actividad) es una condición. Por el contrario, las medidas necesarias para obtener ese resultado (por ejemplo, la designación de un administrador con man-

⁶⁰ Considerando 25.

⁶¹ M. MONTI, «A reformed competition policy: achievements and challenges for the future», *Center for European Research*, Brussels, 28 de octubre de 2004.

⁶² Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 del Consejo y al Reglamento (CE) núm. 447/1998 de la Comisión. *DOCE*, C68, 2 de marzo de 2001.

dato irrevocable para vender esa actividad) son, en general, obligaciones impuestas a las partes⁶³.

Por otra parte, las modificaciones y compromisos pueden plantearse tanto en la primera fase del procedimiento (art. 6.2 del Reglamento), como en la segunda (art. 8.2), y en ambos supuestos podrá acompañar su decisión de condiciones y obligaciones (que eran denominadas cargas en el art. 8.2) destinadas a garantizar que las empresas cumplan los compromisos que han adquirido.

Pero cabe la posibilidad de que, a pesar de todas las garantías que se establezcan, los notificantes o la empresa resultante de la concentración incumplan los compromisos ofrecidos y aceptados por la Comisión, por lo que se han de establecer las medidas que la Comisión puede adoptar en tal supuesto.

El Reglamento 4064/1989 diferenciaba del supuesto de que se incumplieran las obligaciones en primera y en segunda fase. Para el primer supuesto, el art. 6.3.b) disponía que la Comisión podría revocar la decisión adoptada cuando las empresas afectadas incumplieran una obligación impuesta en una decisión, mientras que en similares términos se pronunciaba el art. 8.5.b) para el supuesto de que se incumpliera alguna carga impuesta en la decisión. No se hacía mención ni en uno ni en otro supuesto al incumplimiento de las condiciones.

El régimen resultaba insatisfactorio, entre otros extremos porque no contemplaba la posibilidad de ordenar la separación de las empresas, por lo que en el Libro Verde se planteó la conveniencia de su sustitución. Se contemplaba el supuesto y se llegaba a la conclusión de que el incumplimiento de una condición supondría la ilegalidad automática de la concentración, mientras que el incumplimiento de una obligación daría lugar a la revocación de la decisión de autorización. En definitiva, se terminaba sugiriendo la reforma del art. 8.4⁶⁴.

En consonancia con las reflexiones contenidas en el Libro Verde, la propuesta de la Comisión consistió en proponer simples cambios de palabras en el art. 6.3, y en una nueva redacción del art. 8.4, y la introducción de un nuevo apartado 5 en el art. 8 que sustituiría al anterior. La redacción definitivamente aprobada por el Consejo no modificó la propuesta de la Comisión en lo que respecta al art. 6, pero la cambió sustancialmente en el art. 8.

El régimen actualmente contenido en el Reglamento sigue manteniendo, en consecuencia, las diferencias en cuanto al posible incumplimiento de las obligaciones impuestas en la primera fase de las impuestas en la segunda fase y, a diferencia del régimen anterior, prevé los supuestos de incumplimiento de condiciones en ambas fases.

⁶³ Apartado 12 de la Comunicación citada en la nota anterior.

⁶⁴ Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/1989 del Consejo, de 11 de diciembre de 2001, apartados 223 y 224.

Para el primero de los supuestos, sigue vigente el precepto contenido en el art. 6.3.b) que declara que la Comisión podrá revocar la decisión de no oponerse a la concentración cuando las empresas afectadas incumplan una obligación impuesta en la decisión dictada en la primera fase del procedimiento.

Para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones que respondan a los compromisos ofrecidos en la segunda fase, así como al incumplimiento de las condiciones obtenidas en una y otra fase, el art. 8, apartados 4 a 7, ofrece un complicado sistema de medidas, considerablemente más alambicado que el previsto en el Reglamento 4064/1989. Estas medidas son aplicables tanto al supuesto de que se trate de una concentración ya ejecutada sin aprobación de la Comisión, como cuando se trata del incumplimiento de las condiciones o las obligaciones contenidas en la decisión de compatibilidad.

En definitiva, el sistema, que persiste en la diferenciación entre incumplimiento de las obligaciones en primera y segunda fase, e introduce un diferente tratamiento para el incumplimiento de las condiciones, podría resumirse en los siguientes puntos:

a) Si las empresas incumplen una obligación impuesta en la primera fase del procedimiento, el art. 6.3.b) del Reglamento prevé que la Comisión pueda revocar la decisión de declarar la operación compatible con el mercado común⁶⁵.

b) Si se incumple una obligación impuesta en segunda fase, igualmente se podrá revocar la decisión que declare la operación compatible con el mercado común, tal y como prevé el art. 8.6.b) del Reglamento⁶⁶.

c) Cuando la operación haya sido ejecutada contraviniendo una condición impuesta en segunda fase, en ausencia de la cual la concentración no hubiera sido aprobada, la Comisión podrá exigir que se disuelva la concentración, restableciendo la situación anterior de competencia, además de cualquier otra medida adecuada para garantizar la disolución de la concentración y que se restablezca la situación competitiva anterior, tal y como prevé el art. 8.4 del Reglamento.

d) En los supuestos de contravención a las condiciones impuestas en primera o segunda fase, estas últimas presentadas para disipar las serias dudas que presenta la operación, se podrá adoptar una nueva decisión sin sujeción a plazos, según el art. 8.7.

⁶⁵ Extrañamente en el precepto del art. 6.3 se indica que se podrá revocar igualmente la decisión dictada conforme al art. 6.1.a), que se refiere al supuesto de que la opinión de la Comisión consiste en que la operación no entra en el campo de aplicación del Reglamento. Este supuesto será aplicable para el contemplado en el art. 6.3.b), pero no para el del art. 6.3.a), porque en la decisión en la que se declara que la operación no entra en el campo de aplicación del Reglamento no cabe la imposición de obligaciones.

⁶⁶ La misma observación señalada en la nota anterior podría hacerse en este precepto, por cuanto que aquí se remite a una decisión adoptada conforme al art. 8.1, que no prevé la imposición de obligaciones.

En el art. 8.5 se prevé que se podrán adoptar medidas provisionales cuando se haya ejecutado una concentración antes de la decisión de la Comisión, o bien contraviniendo alguna de las condiciones impuestas, tanto en primera como en segunda fase. Finalmente, el art. 14.2.d) dispone que se podrán imponer multas hasta el 10 por 100 del volumen de negocios de las empresas afectadas.

Como puede fácilmente comprobarse, se trata de un complicado sistema, además repleto de las remisiones a otros preceptos que son tan habituales en las normas comunitarias. El problema de toda esta compleja regulación radica en el hecho de que el Reglamento diferencia, en primer lugar, entre obligaciones y condiciones, y ha sido necesario que se aclarara en una comunicación de la Comisión la diferencia entre ambos conceptos. También distingue el Reglamento entre las obligaciones y condiciones impuestas en primera y segunda fase. Finalmente establece una diferenciación entre condiciones vinculadas a una decisión, sin las cuales la operación no hubiera sido aprobada, y condiciones vinculadas a una decisión que han sido impuestas para disipar las serias dudas que presenta la operación. Como puede comprobarse, un auténtico galimatías.

Y el problema no termina ahí, sino que, además, el Reglamento establece un régimen diferente para cada uno de estos supuestos. Se habla de revocar la decisión en unos supuestos, dictar una nueva decisión sin sujeción a plazos en otros, y cabe preguntarse cuáles son las diferencias, en definitiva, entre una y otra medida. Finalmente se prevé que la Comisión pueda ordenar la desconcentración para los supuestos más graves, pero si analizamos los otros supuestos, considerados en principio menos graves, habrá que pensar que, al final, revocándose la decisión o dictando una nueva, siempre podrá la Comisión terminar ordenando la desconcentración.

Es cierto que la reforma de estos preceptos en el Reglamento 139/2004, especialmente la referida al art. 8, ha venido a resolver algunos de los problemas que se planteaban en la regulación anterior y que había puesto de manifiesto el Libro Verde, pero no es menos cierto que esa mejora debería haberse realizado sin necesidad de acudir a fórmulas tan alambicadas como las contenidas en el art. 8. La simplicidad y claridad en las normas siempre son de agradecer, pero en este apartado difícilmente podrá decirse que las normas comentadas revistan esas características.

E. OTRAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO 139/2004

Como se ha indicado anteriormente, no se trata en este artículo de hacer un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los apartados del nuevo Reglamento, sino simplemente de resaltar los puntos que puedan resultar criticables en la nueva regulación, intentando analizar las distin-

tas alternativas que se habían barajado desde que, con la elaboración del Libro Verde, se había lanzado el debate sobre la reforma del Reglamento de Concentraciones.

Pero esa labor no quedaría concluida si no se hiciera mención, aunque fuera de manera sucinta, a puntos que permanecen inalterados, o bien con mínimas modificaciones, en el Reglamento, a pesar de que en el Libro Verde se había apuntado la posibilidad de su reforma.

a) *El concepto de concentración*

En este apartado, el Libro Verde señalaba un amplio capítulo de aspectos que eran susceptibles de ser revisados: las participaciones minoritarias, las alianzas estratégicas, el tratamiento de las filiales cooperativas, las filiales con funciones parciales, las transacciones múltiples, las inversiones de riesgo y el concepto de control frente al de grupo.

Las modificaciones en este apartado no han podido ser más reducidas, pues han quedado limitadas a la modificación del art. 3.1 para incorporar como requisito de la concentración el concepto de cambio de control duradero. Esta modificación no constituye realmente una innovación, en la medida en la que, si bien ese concepto no estaba incorporado al texto normativo del Reglamento, aparecía en el considerando 23 del Reglamento 4064/1989, y en la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración⁶⁷.

En cuanto a las operaciones múltiples, la Comisión propuso la introducción de un nuevo apartado 4 en el art. 3, según el cual se consideraría que dos o más operaciones interdependientes o estrechamente vinculadas constituirían una sola operación, al tiempo que proponía una reforma del último párrafo del art. 5.2 para excluir del cómputo de las operaciones realizadas en el período temporal de dos años las operaciones de sectores económicos no relacionados entre sí, pero estos proyectos de precepto no fueron incorporados al Reglamento y, en su lugar, se introdujo un último párrafo en el considerando 20, según el cual habrá que considerar como transacciones estrechamente vinculadas aquellas que estén conectadas o bien supongan una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo.

Verdaderamente en este campo el Reglamento ha resultado escasamente ambicioso, y, aun cuando se debe ser consciente de los problemas que existen para formular un nuevo concepto de concentración, se ha desperdiciado la ocasión para solucionar los problemas que plantean ope-

⁶⁷ Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 sobre el concepto de concentración entre empresas, *DOCE*, C66, 2 de marzo de 1988.

raciones que tienen efectos concentrativos pero que difícilmente cumplen con el requisito del cambio de control⁶⁸, tales como las adquisiciones minoritarias y el solapamiento de las gerencias, que no siempre podrían ser solucionadas por los mecanismos de los arts. 81 y 82, tal y como se reconocía en el Libro Verde⁶⁹.

b) *Tratamiento de las eficiencias*

El Reglamento 4064/1989 contemplaba una consideración muy limitada de las eficiencias que pueden presentarse en una concentración, y que pueden ayudar a compensar los efectos anticompetitivos de una operación de concentración. En el art. 2.1.b) se mencionaba como el último de los criterios que la Comisión debería tener en cuenta para evaluar una operación de concentración «la evolución del progreso técnico y económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia».

Desde el primer momento, en el que la Comunidad Europea decidió dotarse de un sistema de control de concentraciones, una de las cuestiones más controvertidas ha sido la de determinar si el control debe extenderse exclusivamente a los efectos de la concentración sobre la competencia o si, por el contrario, deben tenerse en consideración otros factores, denominados genéricamente eficiencias.

En la Unión Europea, a la hora de aprobarse el Reglamento de 1989 existió un gran debate de contenido político sobre el particular. En concreto, la postura de Alemania y el Reino Unido consistía en mantener que los únicos criterios de valoración de las concentraciones eran los criterios de competencia. Por otro lado, una serie de Estados, con Francia a la cabeza, se mostraba partidaria de realizar un balance global, es decir, de admitir que los efectos anticompetitivos podrían ser compensados con beneficios de carácter económico. Tras esas diferentes posturas, y al margen de consideraciones de índole política, se ocultan diferentes posiciones acerca del alcance que debe darse al principio de la libre competencia: si es un valor absoluto, no pueden entrar en juego otras consideraciones a la hora de aprobar una concentración. Si, por otra parte, se considera ese principio como un principio relativo, es decir, que debe compatibilizarse con otros objetivos del Tratado, pueden aprobarse las concentraciones siempre que los efectos restrictivos que produzcan puedan ser compensados con otros beneficiosos⁷⁰.

⁶⁸ J. y J. M.^a JIMÉNEZ LAIGLESIA, «Controversias sobre el control», *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, pp. 244-245.

⁶⁹ Apartado 109 del Libro Verde de 2001.

⁷⁰ L. M.^a MIRANDA SERRANO, *op. cit.*, p. 346.

La fórmula finalmente aprobada en el Reglamento de 1989 es, en buena medida, una fórmula ecléctica, tal y como se recoge en el apartado 2.1. Para realizar la evaluación de las concentraciones la Comisión, en primer lugar, se debería tener en cuenta «la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común» [art. 2.1.a)], y, en segundo lugar, otros elementos propios determinantes de la existencia de competencia tales como la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a fuentes de suministros, la existencia de barreras de acceso, añadiendo al final que también serían objeto de evaluación «los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como la evolución (en el Reglamento 139/2004 se ha sustituido la palabra “evolución” por “desarrollo”) del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia». Como puede observarse, la fórmula utilizada pretende contentar a las dos posiciones existentes en el momento de elaborarse el Reglamento, y recoge términos utilizados por el Tratado en su art. 81.3, tales como la mención al progreso técnico o económico, o la referencia a los consumidores, e incluso puede interpretarse que la fórmula utilizada en el inciso final (no constituir un obstáculo para la competencia) está inspirada en los requisitos exigidos en el art. 81.3. a) y b) del Tratado.

En cualquier caso, y aunque la práctica aplicada en las decisiones de la Comisión pudiera hacer pensar otra cosa, (no son muy frecuentes los supuestos en los que no se declara una operación de concentración contraria al mercado común por las eficiencias que genera⁷¹), en cualquiera de las actuaciones realizadas por las instituciones europeas, debe tenerse en cuenta el conjunto de los principios del Tratado. Es decir, por expresararlo de otra manera, que a la hora de enjuiciar las operaciones de concentración, la Comisión no deberá tomar el principio de la libre competencia como un valor absoluto, sino que habrá de ponerlo en relación con otros objetivos del Tratado. En este orden de cosas, se debe resaltar que en el considerando 13 del Reglamento 4064/1989 se especificaba que, al realizar la evaluación de las operaciones de concentración, la Comisión debería situar su apreciación en el marco general de los objetivos establecidos en el art. 2 del Tratado, incluido el de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad, y en términos muy similares se pronuncia el considerando 23 del Reglamento 139/2004. Es decir, que, aparte de la escueta mención a las eficiencias contenidas en el art. 2.1.b) del Reglamento, hay argumentos suficientes para considerar que ni en el propio Reglamento de concentraciones el principio de la libre competen-

⁷¹ Como ejemplo de estas reticencias de la Comisión a considerar las eficiencias como elemento compensador de las restricciones de competencias se suele señalar la Decisión de 2 de octubre de 2001 en el Asunto Aérospatiale/De Havilland, en la que se señala que, aunque la concentración contribuyera al progreso técnico, no redundaría en beneficio de los consumidores, dada la fuerte posición de la empresa resultante de la concentración.

cia debe ser concebido como un principio absoluto, lo que constituye un argumento a favor de la consideración de eficiencias que tiendan a hacer efectivos otros de los objetivos reconocidos en el Tratado.

En el Libro Verde de 2001, la Comisión volvió a abrir el debate sobre la conveniencia o no de ampliar la consideración de las eficiencias. Tras sopesar las ventajas e inconvenientes de las distintas posturas existentes al respecto, la Comisión optó por no ampliar la consideración de las eficiencias, que ya se encontraban presentes en la redacción del art. 2.1.b) del Reglamento. Tampoco en el Consejo hubo nuevas propuestas en tal sentido, y por ello el texto definitivamente aprobado no introduce más modificación en el indicado apartado que la sustitución del término «evolución», por el de «desarrollo»⁷².

En buena medida la cuestión relativa a las eficiencias está en relación con la cuestión relativa al test sustantivo. Es lógico que si se emplea el test de dominio existan reticencias a aceptar las eficiencias⁷³, pero sustituido ese test en el Reglamento, se puede pensar, en principio, que ese cambio deja un campo más abierto a la consideración de las eficiencias⁷⁴. Sin ir más lejos, no resulta extraño que las autoridades que utilizan el test SLC (o asimilados) acostumbren a tener en consideración las eficiencias que genera una concentración⁷⁵.

En cualquier caso, si tenemos en cuenta cual ha sido el iter legislativo del Reglamento 139/2004, cabría hacer una reflexión sobre la negativa de haber introducido un párrafo que permitiera en el futuro una más amplia consideración de las eficiencias. Introducido en el último momento el nuevo test, y partiendo del hecho de que su aplicación va a permitir considerar eficiencias de las concentraciones, lo cual era más difícil bajo el test de dominio, no se acierta a comprender la razón por la que no ha habido una regulación específica de las eficiencias en el propio Reglamento y no en una Comunicación, tal como hacían prever las reflexiones

⁷² El Director General de la Competencia de la Comisión Europea, P. LOWE («The substantive estándar for merger control and the treatment of efficiencies in merger analysis: an EU perspective», *op. cit.*, reemitió a una futura comunicación el desarrollo de la cuestión de las eficiencias. En consonancia con ese criterio, en las Directrices sobre evaluación de las operaciones horizontales (Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, *DOUE*, C31, 5 de febrero de 2004) se admite que puedan tomarse en consideración las eficiencias. A tales efectos se les exigen tres condiciones acumulativas:

- Que beneficien a los consumidores.
- Que tengan un carácter inherente a la concentración.
- Que sean verificables

⁷³ J. BRIONES, J. FOLGUERA, A. FONT y E. NAVARRO, *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 269-270.

⁷⁴ M. MONTI («Private litigation as a key...», *op. cit.*) considera que entre las consecuencias de la adopción de un nuevo test se encuentra que el sistema europeo se asemejará al americano «incluyendo la consideración de las eficiencias».

⁷⁵ N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, pp. 81 ss.

del Libro Verde⁷⁶. Indudablemente el principio de seguridad jurídica habría salido ganando. Y también cabe presumir que el debate sobre la consideración de las eficiencias, lejos de quedar cerrado, va a estar muy presente en el futuro.

c) *Procedimiento tras la anulación de una decisión por los Tribunales*

El texto del Reglamento ha introducido una reforma que no estaba anunciada en el Libro Verde, pero que puede considerarse una necesaria adaptación a las circunstancias, y en concreto una consecuencia de la existencia de tres sentencias dictadas en el año 2002 por el Tribunal de Primera Instancia⁷⁷ que revocaban otras tantas decisiones de la Comisión que declaraban incompatibles con el mercado común tres concretas operaciones de concentración. Como consecuencia de esas sentencias se puso de manifiesto que era necesario aclarar qué actuación debe realizar la Comisión ante el supuesto de una sentencia que anule su decisión, aclarando la escueta regla que el Reglamento 4064/1989 preveía para tales supuestos⁷⁸. A tales efectos, el art. 10.5 del Reglamento establece el procedimiento que se debe seguir en tal supuesto de anulación de una decisión por los Tribunales. El nuevo precepto incluido en el art. 10.5 establece el principio según el cual la concentración volverá a ser examinada «a la luz de las condiciones vigentes en el mercado». En consecuencia, las partes presentarán una nueva notificación o completarán la inicial teniendo en cuenta las nuevas condiciones del mercado, y si éstas no hubieran cambiado, deberán notificar tal extremo. En realidad, con esta modificación, se introduce en el texto del Reglamento algo que constituía una práctica de la Comisión.

3. CONCLUSIONES

Como se ha indicado desde el principio, no se trataba de hacer una disección completa del nuevo Reglamento, sino simplemente de hacer unos comentarios críticos a algunos aspectos de la nueva regulación. Pero la crítica no puede hacernos olvidar que el Reglamento 139/2004 contiene indudables mejoras sobre el sistema de 1989, modificado en 1997. De

⁷⁶ P. LOWE señalaba («The substantive estándar for merger control...», *op. cit.*) que las reticencias existentes a la consideración de las eficiencias se debían al carácter relativamente nuevo del control de concentraciones en la UE, y al hecho de que, en los primeros momentos, no parecía conveniente mandar un mensaje al mercado de que se podían tener en cuenta consideraciones de política industrial, pero que, en la actualidad, el sistema ha adquirido un grado de madurez que puede permitir su consideración.

⁷⁷ Sentencias citadas en las notas 16, 17 y 18.

⁷⁸ El art. 10.5 del Reglamento 4064 simplemente preveía que si una sentencia anulaba una decisión, los plazos se aplicarían de nuevo desde la fecha en la que se hubiera dictado la sentencia.

ello no cabe duda, de la misma forma que no se puede negar que el Reglamento 4064/1989 contenía una regulación adecuada, y su contenido ha permitido una eficaz política de control de las concentraciones por parte de la Comisión Europea. De la misma forma que las reformas introducidas en el procedimiento, de las que no se ha hablado, contienen evidentes mejoras que redundarán en los derechos de defensa de quienes intervengan en el procedimiento. Pero, simplemente, eran deseables mayores pasos adelante, como se hacía prever tras la publicación del Libro Verde.

Y en este capítulo de conclusiones exclusivamente se deben recordar tres aspectos que han quedado desarrollados anteriormente. En primer lugar, un lamento porque se haya abandonado (mucho nos tememos que de forma ya definitiva) la regla 3+, que, con todos los inconvenientes, sigue pareciendo la fórmula más adecuada, o al menos la menos inadecuada, para determinar la dimensión comunitaria. Justo es reconocer que dentro del sistema de racionalización del sistema de remisiones se han introducido mejoras que, según parece, están empezando a dar resultado. Pero sería deseable que el Consejo abandonara sus reticencias a ampliar los poderes de la Comisión (y no sólo en este campo). Y también sería deseable que el sistema por el que se ha optado se traduzca en nuevos impulsos a favor de una mayor armonización de las normas nacionales que regulan el control de las concentraciones.

En segundo lugar, la pretendida prudencia en determinadas ocasiones termina convirtiéndose en tibieza. Un ejemplo de esta afirmación lo constituye el tratamiento de las eficiencias, o bien la definitiva redacción del test sustantivo. En el primer caso, si el sistema de control de concentraciones está maduro para una mayor consideración de las eficiencias, habrá que terminar preguntándose la razón por la que no se ha modificado el Reglamento, en lugar de remitir la cuestión a una simple Comunicación. Y, en el segundo caso, si el test de dominio ha demostrado sus limitaciones, igualmente habría que preguntarse si no habría sido mejor cambiar a una fórmula ya consagrada como la de «obstaculización sustancial de la competencia», en lugar de buscar fórmulas intermedias. Aun cuando se sea comprensivo con los delicados compromisos y equilibrios que son necesarios para obtener un texto que pueda ser aprobado.

Y finalmente un lamento por la falta de claridad de algunos de los textos aprobados. Es cierto que las normas comunitarias no constituyen un ejemplo de la claridad en los textos normativos, pero en algunos casos, como en el relativo a la actuación de la Comisión en el supuesto de que se incumplan las obligaciones y condiciones impuestas en una decisión, la complicación llega a extremos inconcebibles.

Tan sólo unas palabras para señalar las consecuencias que este Reglamento puede tener para la legislación española, que se consideran obligadas desde el mismo momento, en el que se aboga por una mayor armoni-

zación de las normativas nacionales con las comunitarias. Estamos ante un anunciado cambio de la legislación española de la competencia, cuyo primer paso ha sido la elaboración de un Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia que ha sido sometido a información pública. En este Libro Blanco se apuntan soluciones, en materia de concentraciones, que van orientadas fundamentalmente hacia el refuerzo de la independencia en la toma de decisiones, disminuyendo el papel del Gobierno en la resolución definitiva que se adopte, pero, en cuanto al resto de los apartados, el sistema actualmente vigente en España no difiere sustancialmente del que se contiene en el Reglamento 139/2004, tal vez con dos únicas excepciones que en estos momentos están sometidas a debate: la relativa al umbral relativo a la cuota de mercado y la más amplia consideración de las eficiencias que resulta de la aplicación de la legislación española.

PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CONCURRENCIA POTENCIAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCESOS JURISDICCIONALES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Abogado del Estado-excedente

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Agradezco a Lluís Cases la oportunidad que me proporciona de retornar sobre un tema, el de la intervención judicial en los casos de competencia, que siempre me ha atraído intelectualmente y que, precisamente, constituyó el objeto de mi primera colaboración con este Anuario¹.

El hecho de que, a pesar del tiempo transcurrido desde entonces, y de las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia y de nuestras normas procesales que se han introducido en los últimos años, haya parecido conveniente volver sobre la cuestión evidencia que el ordenamiento español sigue sin dar respuesta a una cuestión que, al margen de consideraciones teóricas, siempre relevantes, plantea problemas prácticos de cierta gravedad desde el punto de vista de la duración de los procesos, la coherencia de las resoluciones en aplicación de las normas sobre defensa de la competencia y, lo que es más importante, el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta opinión encuentra también respaldo en la existencia de relevantes trabajos recientemente publicados sobre esta cuestión². Me refiero, claro está, a la forma en que se articulan las competencias ostentadas por diversos órganos administrativos y judiciales para la aplicación de las normas, europeas y españolas, sobre defensa de la competencia.

¹ F. URÍA FERNÁNDEZ, «Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2000, pp. 171-204.

² J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de competencia», *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid, Marcial Pons-Instituto de Crédito Oficial, 2004, pp. 157-184.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, está a punto de cumplir quince años de vigencia. En sus diez primeros años de aplicación no sufrió modificación alguna. Sin embargo, desde 1999 a 2003 sufrió un buen número de reformas³, que trataron de dar respuesta a cuatro problemas diferentes:

— La arquitectura institucional de la defensa de la competencia, en la que, a su vez, pueden diferenciarse cuatro elementos problemáticos: las relaciones entre el Ministerio de Economía y Hacienda y los órganos de defensa de la competencia, las relaciones entre el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, las relaciones de los órganos horizontales y sectoriales de defensa de la competencia y, por último, las relaciones entre los órganos del Estado y los de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia.

— La mejora de los procedimientos administrativos y, en particular, del procedimiento de autorización de concentraciones para dar respuesta al previsible incremento de este tipo de operaciones en el doble marco (indisolublemente ligado) de la internacionalización de la empresa española y la globalización de la economía.

— La adecuación de la regulación española a las exigencias del Derecho europeo.

— Las relaciones entre procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo y/o civil en materia de defensa de la competencia.

El ordenamiento jurídico en su conjunto tiene como misión primordial la de contribuir a la evitación de conflictos y, una vez planteados, proporcionar cauces ordenados y razonables de solución. En mi opinión, todas las normas, y especialmente las que integran el Derecho administrativo económico, deben ser enjuiciadas en función del grado en que hayan logrado cumplir ese objetivo.

En ese sentido, mi valoración personal, desde luego subjetiva⁴, de la Ley de Defensa de la Competencia y de las reformas introducidas en estos últimos años es necesariamente positiva. La Ley de 17 de julio de 1989, con las modificaciones paulatinamente introducidas, ha sido capaz

³ Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia; Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de Reforma Parcial de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios; Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifica la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del Sector Eléctrico; determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y determinados artículos de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, por el que se modifica el art. 16.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴ Como Abogado del Estado en la Secretaría de Estado de Economía entre abril de 1998 y octubre de 1999 tuve ocasión de participar activamente en alguna de las reformas legislativas que se citan en la nota anterior.

de resolver muy complejos problemas de competencia en variados mercados de bienes y de servicios, habiendo contribuido, en no poca medida, a incrementar su eficiencia a través de un incremento de la competencia. En un período relativamente corto⁵, la defensa de la competencia se ha consolidado plenamente en España, partiendo de un nivel cercano al de la inexistencia. No hay más que abrir las páginas de cualquier periódico español para constatar que, hoy en día, ninguna operación económica de calado deja de ser enjuiciada desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Sin embargo, mal haríamos en confundir ese diagnóstico positivo de lo hasta aquí acontecido con la impresión de que la Ley de Defensa de la Competencia actualmente vigente puede mantenerse en su estado actual o sometida a reformas parciales.

Antes al contrario, las reformas hasta ahora sufridas evidencian claramente la persistencia de los problemas anteriormente enumerados, que sólo han podido resolverse parcialmente, así como la existencia de defectos de configuración estructural que hacen inaplazable no una nueva reforma, sino, me pronuncio rotundamente al respecto, la aprobación de una nueva legislación que garantice, simultáneamente, el cumplimiento de los siguientes objetivos:

— Coherencia con el resto del ordenamiento económico con el que habrá de coexistir.

— Respeto al marco de distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado que ha quedado determinado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999.

— Adecuación a las recientes disposiciones adoptadas en el ámbito europeo.

— Contribuir a mejorar la eficiencia en la tramitación de los procedimientos, superando la inevitable duplicación de trámites derivada de la existencia de un Servicio y un Tribunal de Defensa de la Competencia, orgánicamente desvinculados.

— Garantizar la tutela judicial efectiva en este ámbito, lo que implica una significativa reducción en los plazos para lograr una sentencia firme, así como una mejor imbricación entre los procedimientos administrativos y los procesos civiles y contencioso-administrativos, logrando, al mismo tiempo (y no es sencillo), la existencia de criterios interpretativos homogéneos, aunque no necesariamente idénticos, de la legislación de defensa de la competencia.

⁵ Comparto plenamente la opinión contenida en la p. 15 del *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda a través de su página web el 20 de enero de 2005, cuando afirma que «la Ley 110/1963 resultó ineficaz, no sólo por los planteamientos jurídico-políticos vigentes en ese momento, sino por las disfuncionalidades que el propio sistema había creado y la falta de medios de los organismos encargados de su aplicación».

Éste es el escenario del que parte el recientemente publicado⁶ Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, cuya sola existencia, en tanto que documento de trabajo sobre las líneas generales de la futura reforma, ya merece una consideración positiva, sin perjuicio de que en algún momento se eche en falta una mayor concreción respecto de algunos de los asuntos abordados.

Como el título de este trabajo evidencia, únicamente me ocuparé de uno de los aspectos del Libro Blanco: el relativo a los problemas de engrace entre los procedimientos administrativos y los procesos judiciales en materia de aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia.

Creo sinceramente que los problemas existentes en 1999 no sólo no se han resuelto, sino que, incluso, la situación se ha tornado más compleja con la incorporación de nuevos órganos judiciales que tienen atribuidas relevantes competencias en materia de defensa de la competencia.

2. PUNTO DE PARTIDA: LA NUEVA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Antes de abordar la cuestión central de este trabajo parece conveniente y necesario describir, siquiera brevemente, cuál es la arquitectura institucional que se esboza en el Libro Blanco y que, probablemente, pueda plasmarse en una inminente reforma de la legislación sobre defensa de la competencia. La importancia del diseño institucional a los fines que aquí nos ocupan es evidente: en función del papel que se asigne a los órganos administrativos en materia de defensa de la competencia habrá de producirse o no la intervención de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En cuanto a la estructura institucional, al margen de los cambios formales o de denominación, de los que únicamente diré que parece razonable la eliminación de la expresión «Tribunal» de la denominación del nuevo órgano, puesto que este término remite, inevitablemente, a una naturaleza jurisdiccional de la que evidentemente carece este organismo, la novedad más trascendente es la incorporación a una entidad de nueva creación, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, de los órganos actualmente existentes, el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia.

La necesidad de aglutinar a los órganos de defensa en un único órgano administrativo era una necesidad claramente sentida desde hace ya tiempo tanto por razones de eficacia (supresión de la dualidad de trámites actualmente existente) como de independencia (a través de la separación

⁶ Ver nota anterior.

del Servicio de Defensa de la Competencia de la estructura orgánica del Ministerio de Economía y Hacienda). No creo que esta decisión pueda ser censurada desde ningún punto de vista. Antes al contrario, se convierte en uno de los mayores aciertos del Libro Blanco.

Sin embargo, el modo en que se produce la integración del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en el nuevo órgano resulta más discutible. El Libro Blanco afirma, con razón, que existen dos posibilidades: la de la integración del Servicio en el Tribunal, de suerte que éste se sitúe en un plano superior a aquél como órgano colegiado encargado de la resolución de los expedientes previamente tramitados por Servicio como órgano instructor, y la de su mantenimiento como organismos separados.

En virtud del principio de separación de las fases de instrucción y resolución se opta por una organización piramidal, de modo que exista un Presidente del que dependerían los dos órganos, uno colegiado de resolución y el otro de instrucción. Sin embargo, la separación de las funciones de instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores, imprescindible en el ámbito del proceso penal, resulta muy matizable en el ámbito administrativo.

Si bien es cierto que algunas corrientes modernas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, evidenciadas, por ejemplo, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en la ya derogada Ley 1/1998, de enero, de Defensa del Contribuyente; y en la Ley 58/2003, de 27 de noviembre, General Tributaria, se han pronunciado inequívocamente por la separación entre unos órganos y otros, es lo cierto que, tanto desde un punto de vista técnico jurídico como puramente práctico, ese rígido principio de separación puede y debe matizarse.

Partiendo de nuestro Derecho positivo, el art. 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece la regla general de que los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

Sin embargo, las reglas contenidas en la Ley 30/1992 tienen una aplicación en el ámbito de los procedimientos de defensa de la competencia condicionada por lo dispuesto en el art. 50 LDC que, como es sabido, establece una regla de subsidiaridad en cuanto a dicha aplicación.

De hecho, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 26 de abril de 1990, señaló que «... debe señalarse que tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen ambas a un mismo órgano, el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y

esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre con los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia ad extra de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones de los mismos. Por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley a un proceso con todas las garantías —entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador— es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del Poder Judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos...».

Partiendo de esta doctrina, y ya en el ámbito normativo, el art. 208.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece (una vez que el artículo anterior sienta la regla de supletoriedad de las disposiciones contenidas en la Ley 30/1992) que «*el procedimiento sancionador en materia tributaria se tramitará de forma separada a los de aplicación de los tributos (...) salvo renuncia del obligado tributario, en cuyo caso se tramitarán conjuntamente*». Debe destacarse, en consecuencia, que más que separarse entre instrucción y resolución en el procedimiento sancionador, se trata de separar el procedimiento de liquidación y el sancionador, aunque, puesto que el art. 210.2 LGT obliga a que los datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en alguno de los procedimientos de aplicación de los tributos y vayan a ser tenidos en cuenta en el procedimiento sancionador se incorporen formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución, bien podría pensarse que incluso dicha separación es más aparente que real.

El matiz viene dado por el hecho de que el actuario competente para la tramitación del procedimiento sancionador (normalmente el mismo que ha tramitado previamente el procedimiento de liquidación) no llega a dictar la resolución sancionadora, sino que dicta una mera propuesta, correspondiendo la competencia para la adopción del correspondiente acuerdo a un órgano distinto.

En consecuencia, la separación entre la fase instructora y la de resolución en el procedimiento sancionador administrativo no es un imperativo constitucional aunque sí responde a los precedentes de nuestra legislación administrativa general (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) a los de algunos procedimientos sancionadores en el ámbito del Derecho público económico y resulta, indiscutiblemente, más garantista. En consecuencia, parece que dicha separación puede considerarse un nuevo acierto del Libro Blanco.

A lo anteriormente expuesto cabe añadir una consideración de «*oportunidad*». En el modelo actual, aunque el Tribunal de Defensa de la Com-

petencia puede realizar actuaciones «instructoras» o, si se prefiere, «probatorias», la realidad es que éstas son básicamente realizadas por el Servicio de Defensa de la Competencia, por lo que la eventual desaparición o atenuación de la regla de separación entre la fase instructora y la de resolución de los expedientes, o su encomienda a un mismo órgano, sería, con toda razón, considerada un claro retroceso en los umbrales de protección de los derechos de los sujetos interesados.

No obstante, también es cierto que el modelo de «integración» es habitual en otras Agencias Independientes o Comisiones Reguladoras de nuestro ordenamiento (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones...) y ofrece una ventaja organizativa: la dirección de la instrucción por parte del órgano colegiado que deberá resolver, con lo que se asegura que las pruebas practicadas durante la instrucción serán suficientes para que el órgano colegiado pueda tomar su decisión de manera motivada.

A mi juicio, no existen cuestiones jurídicas de calado afectadas por la elección de uno u otro modelo organizativo. Como hemos visto, ambos modelos son defendibles jurídicamente y en todo caso los derechos de los ciudadanos estarían garantizados. Sin embargo, sí existen razones organizativas que aconsejan la integración vertical de ambos órganos, partiendo de la independencia general de la nueva Comisión, con la ventaja que ello supone respecto de la situación actual.

En cualquier caso, lo que sí se mantiene es la concepción «administrativista» de la defensa de la competencia, de modo que, frente a las posiciones que solicitaban una «privatización» de la misma⁷, parece que una eventual reforma de nuestra legislación en materia de defensa de la competencia no concederá un mayor protagonismo a los órganos jurisdiccionales en esta materia, ni tan siquiera, al parecer, en lo relativo a las cuestiones puramente civiles como las pretensiones de indemnización de los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de las prácticas prohibidas o las referidas a la declaración de nulidad de los acuerdos o contratos que se reputen anticompetitivos.

3. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Es ésta una materia ciertamente compleja, a la que el Libro Blanco hace referencia en tres momentos: para describir la situación existente (pp. 27 a 29), valorarla (pp. 32 y 33) y efectuar propuestas de reforma (pp. 37 y 38).

⁷ Tomo la expresión del conocido artículo de A. CREUS, publicado en la *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, correspondiente a abril-mayo de 1999 y que lleva precisamente por título «La privatización del Derecho de la Competencia».

Los problemas que, a mi juicio, se plantean en este ámbito son los siguientes:

a) La definición del momento en que puede producirse la intervención de los órganos jurisdiccionales civiles.

b) La determinación del modo en que pueda producirse una participación de los órganos administrativos de defensa de la competencia, probablemente en la forma de pericia judicial (la figura del *amicus curiae*, a la que se refiere el Libro Blanco, aunque ciertamente atractiva desde un punto de vista teórico, no se encuentra reconocida como tal en nuestro Derecho Procesal positivo) en aquellos procesos judiciales que versen sobre la aplicación del derecho europeo de la competencia.

c) El modo de lograr una interpretación armónica de los órganos judiciales (civiles, mercantiles o contencioso-administrativos) de la legislación de defensa de la competencia (la homogeneidad de criterios interpretativos entre los órganos administrativos y los judiciales sólo puede producirse en un Estado de Derecho por la vía de la inmediata adopción de los criterios jurisprudenciales por parte de los órganos administrativos. Cualquier otra solución resultaría perturbadora del principio de independencia judicial).

d) La decisión relativa a si las cuestiones derivadas de la aplicación de la normativa europea y nacional sobre defensa de la competencia deben ser atribuidas a los órganos judiciales civiles (Juzgados de Primera Instancia) o mercantiles (Juzgados de lo Mercantil).

e) La decisión sobre si la competencia para el enjuiciamiento de cuestiones próximas a la defensa de la competencia como, especialmente, los procesos seguidos por conductas presuntamente constitutivas de competencia desleal, debe o no ser atribuida a los mismos órganos jurisdiccionales que resulten competentes para el enjuiciamiento de las cuestiones civiles derivadas de procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia al objeto de evitar interpretaciones discordantes respecto de la definición y límites de unas y otras conductas y, por extensión, de la competencia de unos y otros órganos jurisdiccionales.

Cada una de las cuestiones planteadas reviste una gran complejidad y, probablemente (y entiendo que esto es lo que le ha ocurrido al autor del Libro Blanco), de ser analizadas autónomamente pueden llevar a conclusiones contradictorias, de suerte que el resultado final, como sucede en el caso del Libro Blanco, conduzca, casi irremediablemente, a afirmar la competencia compartida de los órganos civiles, mercantiles y contencioso-administrativos.

A mi juicio, ésta es una conclusión inaceptable. No puede admitirse que cuestiones tan próximas puedan ser conocidas por órganos judiciales distintos, salvo en el supuesto, éste sí inevitable, del reconocimiento de la especialidad de la función revisora de la actuación administrativa que, sin lugar a dudas, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Llegado este punto, creo que las cuestiones relacionadas con la protección de los intereses privados concernidos por la defensa de la competencia, ya se trate de la aplicación del Derecho europeo o del nacional, deben ser íntegramente atribuidas a un mismo tipo de órganos judiciales, ya sean los Juzgados de Primera Instancia o los Mercantiles.

También avanzando mi opinión de que otras conexiones próximas, como los supuestos de competencia desleal, deberían también ser conocidas y enjuiciadas por esos mismos órganos, pues, de lo contrario, terminarán aflorando interpretaciones distintas sobre el concepto, límites, régimen jurídico aplicable y competencia judicial que llevarán a las partes al temido «*forum shopping*» en función de lo que en cada supuesto pueda resultar más conveniente para las partes contendientes.

Como es sabido, la Ley de Defensa de la Competencia actualmente vigente optó por un modelo administrativizado de defensa de la competencia, de modo que, con carácter general, la declaración de la existencia de una conducta contraria a dicha Ley corresponde, *prima facie*, a dos órganos administrativos como son el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Como resultado de las disposiciones contenidas en la propia Ley y, lo que es más importante, de las resoluciones jurisdiccionales y administrativas recaídas en interpretación y aplicación de la misma, es lo cierto que el primer órgano jurisdiccional que podía conocer acerca de cuestiones relacionadas con la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia era la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en tanto que órgano competente para el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los actos administrativos dictados por el Servicio o el Tribunal de Defensa de la Competencia⁸. En la lógica de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los supuestos en que cupiera recurso de casación contra las sentencias dictadas por dicha Sala, se producía posteriormente la intervención de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Sin embargo, esta situación se vio afectada como consecuencia de cuatro circunstancias sin aparente conexión entre sí:

a) El problema de los efectos jurídico-privados de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia y de los plazos necesarios para el ejercicio de las acciones civiles tendentes a la reparación de los daños y perjuicios irrogados.

b) La cuestión relativa a la aplicación del Derecho europeo de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales españoles.

⁸ Obviamente, al margen de la posible competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para el conocimiento y enjuiciamiento de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por el Consejo de Ministros en relación con los procedimientos de autorización de concentraciones.

c) Las conductas constitutivas de competencia desleal y, como tales, sujetas a las previsiones contenidas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

e) Los supuestos en que las conductas presuntamente contrarias a la legislación de defensa de la competencia no tenían la relevancia suficiente como para justificar la intervención de los órganos de defensa de la competencia (juego de la regla *de minimis*).

Cada una de estas cuatro cuestiones merece una atención separada.

La cuestión relativa al modo en que pueden satisfacerse los derechos de los particulares perjudicados como consecuencia de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia es una cuestión sobradamente conocida y debatida⁹.

En esencia, se trata de lo siguiente: el art. 13 LDC dispone en su apartado primero que las sanciones previstas en la Ley de Defensa de la Competencia se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades previstas por la Ley. De ello podría deducirse que los particulares que hubiesen sufrido daños o perjuicios derivados de comportamientos contrarios a la Ley podrían ejercitar sus derechos ante los órganos jurisdiccionales competentes con independencia de la actuación de los órganos administrativos.

Sin embargo, ello no es así por cuanto el apartado segundo del mismo precepto se apresura a aclarar que «la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, *una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional*». A continuación se añade que «el régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles».

El art. 13 LDC diferencia así, con cierta claridad, entre unos efectos de las conductas contrarias a la LDC, relevantes desde el punto de vista de los intereses generales y, como tales, merecedoras de una respuesta sancionadora desde el Derecho público, y otros efectos jurídico privados, concretados en la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, que podrían dar lugar al ejercicio de acciones por parte de los que se considerasen perjudicados.

Curiosamente, esta misma distinción no parece producirse a propósito de la declaración de nulidad prevista en el art. 1.2 LDC, de modo que, partiendo de la interpretación restrictiva a que nos forzaría la presencia del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, parece que este tipo de acciones podrían ejercerse directamente ante los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción que en cada caso fuesen competentes sin necesi-

⁹ Yo mismo he tenido la oportunidad de reflexionar al respecto en el artículo relativo a «las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia... *op. cit.*

dad de aguardar a la terminación de los procedimientos administrativos y de los recursos contencioso-administrativos.

A partir de esta distinción, y teniendo en cuenta la regla contenida en el precepto en relación con la necesidad de agotar la vía administrativa o contencioso-administrativa para el ejercicio de las acciones civiles tendentes a la reparación de los daños y perjuicios irrogados, un buen número de sentencias ha interpretado que el ejercicio de acciones civiles encaminadas a la obtención de una indemnización de los daños y perjuicios irrogados estaba condicionado a la previa existencia de una resolución firme de los órganos de defensa de la competencia o, en el supuesto de impugnación en sede contencioso-administrativa, de los órganos del orden contencioso-administrativo. Así, entre otras muchas resoluciones y por todas ellas, es preciso hacer referencia a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo a propósito del conflicto entre empresas petroleras y gasolineras (por ello conocida como «Sentencia CAMPSA») de fecha 30 de diciembre de 1993.

El efecto práctico de esta doctrina es fácilmente imaginable. Recordemos, en este sentido, las palabras de Antonio CREUS¹⁰, cuando sintetizaba las consecuencias derivadas de la doctrina de la Audiencia Nacional respecto de la imposibilidad de plantear este tipo de pretensiones directamente ante los órganos del orden jurisdiccional civil sin aguardar al previo pronunciamiento «firme», de los órganos administrativos y contencioso-administrativos, señalando que *«en resumen (...) se requiere un procedimiento administrativo y dos judiciales, esto es, dos resoluciones favorables a los intereses del afectado por parte de órganos administrativos y entre cuatro y cinco años de órganos jurisdiccionales, para finalmente verse resarcido por los daños sufridos (...) La cuestión no es baladí, puesto que el tiempo que tardaría en llegar la indemnización en el supuesto más positivo no sería inferior a los diez años y posiblemente sean quince o más. Estos plazos se verían aumentados si el SDC o el TDC no recogen la solicitud de la parte afectada por la restricción, esto es el denunciante»*.

Este diagnóstico pesimista pudiera verse matizado por la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando indica que *«los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreeser los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia»*.

Como ya he tenido ocasión de sostener anteriormente¹¹, posibilita que, una vez que los órganos de defensa de la competencia se hayan pronunciado sobre la escasa importancia o los escasos efectos sobre la com-

¹⁰ A. CREUS, «La privatización del Derecho de la competencia», *op. cit.*, p. 56.

¹¹ Ver nota 1, p. 202.

petencia de conductas que hayan sido sometidas a su conocimiento, y siempre que dicha resolución no fuese recurrida por una parte legitimada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (y aquí puede caber a la parte pretendidamente causante del daño la tentación de interponer un recurso con finalidad meramente dilatoria), el perjudicado pudiera ejercitar una acción civil ante el orden jurisdiccional competente al objeto de obtener la correspondiente reparación.

Evidentemente, la interpretación de que el juicio relativo a la falta de relevancia de la conducta pudiera también proyectar sus efectos sobre la justicia civil, convirtiéndose en un obstáculo insalvable para el ejercicio de sus derechos por parte del perjudicado, debe considerarse jurídicamente inadmisibles por resultar contraria al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución Española.

A pesar de su gravedad, la situación dista mucho de encontrarse resuelta. De hecho, no parece que la reforma de la LDC que ahora se anuncia vaya a introducir cambio alguno a este respecto. De hecho, prevalece el temor de que los órganos contencioso-administrativos y los de la justicia civil pudieran dictar resoluciones contradictorias que, a la larga, dieran lugar a la existencia de criterios contradictorios respecto de la interpretación y aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia. Toda mejora en este sentido queda confiada al éxito de los nuevos procedimientos civiles derivados de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Sin embargo, por mucho que los procedimientos administrativos y, en su caso, contencioso-administrativos pudieran tramitarse con una mayor celeridad, es lo cierto que la efectiva situación de indefensión de los perjudicados hace imprescindible una profunda reflexión al respecto.

Y es que, de hecho, la hipotética existencia de interpretaciones contradictorias ya existe a día de hoy al menos en tres tipos de supuestos:

a) En aquellos casos en que, afectados por la regla del art. 1.3 de la LDC, el perjudicado pudiera ejercitar sus derechos ante el orden jurisdiccional civil sin la previa existencia de un pronunciamiento de fondo de los órganos administrativos de defensa de la competencia.

b) En aquellos casos en que fuese de aplicación lo dispuesto en el art. 1.2 LDC, y el perjudicado optase por ejercitar una acción exclusivamente encaminada a lograr la declaración de nulidad de los acuerdos, decisiones o recomendaciones pretendidamente contrarios a la Ley.

c) En aquellos supuestos en que las conductas podrían constituir simultáneamente competencia desleal.

Dediquemos una pequeña atención a este último supuesto. El art. 7 LDC viene a reconocer la existencia de supuestos de hecho que pudieran estar a caballo de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, al señalar que «*el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la*

presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: a) *Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.* b) *Que esa grave distorsión afecte al interés público».*

En realidad, un problema similar planteaba ya el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal, puesto que, en su apartado primero, consideraba competencia desleal «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes» (siempre que la ventaja fuese significativa) y, en su apartado segundo, añadía el supuesto de «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial».

No parece difícil imaginar supuestos en que una posición de abuso dominante pueda provocar una situación de competencia desleal por lo que, materialmente, las conductas serían difícilmente diferenciables. Y, a los efectos que aquí nos ocupan, la distinción es muy relevante por cuanto, a diferencia de lo que sucede con la LDC, la Ley de Competencia Desleal ha establecido un sistema plenamente judicializado de protección frente a la competencia desleal, en el que el acceso a la tutela judicial efectiva se produce sin la previa intervención de ningún órgano administrativo.

La distinción entre la aplicación de una y otra norma y, lo que es más relevante, entre uno y otro procedimiento de aplicación se encuentra en la relevancia de los intereses afectados: puramente privados, en el caso de la Ley de Competencia Desleal, o públicos (generales), en el caso de la Ley de Defensa de la Competencia.

Al final, parece que nos aproximamos nuevamente al juicio de relevancia al que hemos aludido al hablar de la regla *de minimis*. Si la conducta resulta perjudicial desde el punto de vista del interés público, se produciría obligatoriamente la intervención de los órganos de defensa de la competencia, mientras que si, por el contrario, la conducta no reviste esa trascendencia, el perjudicado por la conducta presuntamente desleal podría acudir directamente a los órganos de la justicia civil.

¿Haría falta también en este caso el previo pronunciamiento de los órganos de defensa de la competencia en el sentido de que la conducta, por no concurrir en ella los requisitos del art. 7 LDC, podría dar lugar al ejercicio directo de acciones en sede jurisdiccional sin necesidad de la previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo? En la práctica sería recomendable que el perjudicado obtuviese esa declaración de los órganos de defensa de la competencia como medio para prevenir una posible excepción por parte de la parte demandada. Sin embargo, la utilización de la posible intervención de los órganos de defensa de la competencia como excepción en sede civil por parte de la demandada no estaría exenta de riesgos, pues, en el hipotético caso de que éstos afir-

masen su competencia, la existencia de una conducta a las leyes de competencia daría lugar no sólo a la obligación de indemnizar daños y perjuicios al demandante/perjudicado, sino también a la de afrontar las correspondientes sanciones.

En cualquier caso, la concurrencia de ambas leyes proporciona un tercer ejemplo de posible intervención de los órganos del orden jurisdiccional civil con carácter previo al pronunciamiento de los órganos administrativos de defensa de la competencia. Sin perjuicio de que sus resoluciones se refiriesen a cuestiones de relevancia meramente privada, la normativa aplicable sería la misma que en casos de mayor repercusión, por lo que el riesgo de criterios interpretativos discordantes en sede administrativa o judicial sería patente. En definitiva, en función de ese juicio de relevancia, se producirá o no la intervención de los órganos administrativos de defensa de la competencia y, en función de dicha intervención, la consecutiva participación de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por el contrario, en el supuesto de que la conducta constitutiva de competencia desleal no se considerase relevante desde el punto de vista de sus efectos sobre el interés público, la competencia pasaría a reconocerse a los Juzgados de Primera Instancia.

4. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como muy acertadamente destaca ARAUJO¹², *«una característica (a menudo olvidada) del ordenamiento concurrencial vigente en España (...) es que se encuentra regido, en lo material, por dos conjuntos normativos formalmente independientes: de una parte, el comunitario europeo; de otra, el ordenado por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia»*.

En tanto que los órganos de la justicia española se encuentran obligados a conocer de las pretensiones basadas en la presunta vulneración de las normas europeas y, en particular, de las conductas que infrinjan el ordenamiento europeo en materia de defensa de la competencia, puede producirse un nuevo supuesto de contradicción entre los pronunciamientos judiciales y administrativos.

En un primer momento, la posición de los órganos jurisdiccionales españoles, basada en una cuestionable interpretación del Real Decreto 1882/1986, que designaba al Tribunal de Defensa de la Competencia

¹² M. ARAUJO BOYD, «La intervención concurrente de la Comisión y de las autoridades Nacionales de competencia en aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE. Reflexiones desde la práctica», *Anuario de Defensa de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, p. 159.

como autoridad competente para la aplicación en España de los (entonces) arts. 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, se concretó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 (Asunto *CAMPSA*), que sostuvo el criterio, sintetizado por FERNÁNDEZ VICIÉN¹³, de que el Tribunal de Defensa de la Competencia tenía otorgada la competencia exclusiva para aplicar las normas comunitarias de competencia, mientras que los Tribunales civiles sólo podrían aplicar dichas normas de manera incidental.

Sin embargo, con posterioridad a dicha Sentencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó la de fecha 20 de septiembre 2001 (caso *Courage Ltd. c. Bernard Crehan*), en la que sostuvo que, basándose en el efecto directo de los arts. 81.1 y 82, «*cualquier particular puede invocar ante los Tribunales la infracción del art. 81 del Tratado*». La Sentencia admitió expresamente que «*las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad*». Es decir, que el Tribunal no solamente no consideraba que el conocimiento «directo» por los órganos jurisdiccionales civiles de reclamaciones basadas en la presunta existencia de daños y perjuicios irrogados como consecuencia de conductas prohibidas por el Derecho de la competencia podía resultar dañino para los órganos de defensa de la competencia por la posible existencia de criterios interpretativos contradictorios, sino que, antes al contrario, consideraba el conocimiento judicial en primera instancia beneficioso por la facilitación que el mismo suponía para la aplicación efectiva del Derecho de la competencia europea entre los particulares.

De hecho, esta misma tesis fue sostenida por Mario MONTI, entonces Comisario responsable de la política de competencia¹⁴, quien, partiendo del modelo norteamericano de defensa de la competencia, y de su elevada capacidad para el conocimiento y la resolución de asuntos, mantuvo la necesidad de compatibilizar la competencia administrativa y jurisdiccional sobre la base de diferenciar entre los asuntos con relevancia para el interés público y los asuntos en que se dirimían intereses meramente particulares. De hecho, al argumento explicitado añadía otro difícilmente rebatible: es lo cierto que las autoridades judiciales disponen de potestades que no se encuentran al alcance de los órganos administrativos, por lo que, en ciertos casos, su actuación puede ser más efectiva. Tal vez este último argumento sea más aplicable al supuesto de los poderes de la Comisión que al de las de los órganos españoles de competencia, pero en

¹³ C. FERNÁNDEZ VICIÉN, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», *Anuario de Defensa de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, p. 194.

¹⁴ M. MONTI, «Towards the application of article 81(3) by National Courts», *Anuario de Defensa de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2001, p. 514. En análogo sentido, ídem, «Effective private enforcement of EC Antitrust Law», *Anuario de Defensa de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, p. 699.

lo referente a la posible adopción de medidas cautelares pudiera tener una cierta virtualidad.

Sea por esa toma de posición de las autoridades europeas (aunque la precitada Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es posterior, la más conocida Sentencia del caso Van Gend & Loos, igualmente relativa a la eficacia directa de los Tratados, ya había recaído el 5 de febrero de 1963), o por una reflexión propia acerca del alcance de las consecuencias del principio de eficacia directiva de las disposiciones contenidas en el Tratado, es lo cierto que esa posición originaria de los órganos jurisdiccionales españoles y, en particular, del Tribunal Supremo, se vio pronto modificada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000 (Asunto DISA). En esta Sentencia, el Tribunal Supremo reconoció la legitimidad de toda persona física o jurídica para ejercitar acciones tendentes a la satisfacción de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de conductas contrarias al Derecho europeo de la competencia, sin aguardar al pronunciamiento de los órganos administrativos competentes, y en virtud de lo dispuesto en los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE.

Esta modificación se ha plasmado en el 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, que consagra la situación anteriormente existente bajo el Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, en cuanto a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado y la extiende al conjunto de las cuestiones derivadas de la aplicación del art. 81, incluidas las relativas a su apartado tercero, anteriormente de la competencia exclusiva de la Comisión Europea. El Reglamento concede un relevante protagonismo a los jueces nacionales competentes, pero, al mismo tiempo, evidencia una clara desconfianza ante el riesgo de que puedan producirse resoluciones contradictorias. Por ello, buena parte del Reglamento aparece consagrada al establecimiento de medidas tendentes a la evitación de tales contradicciones, a las que en un momento posterior de este trabajo se concederá mayor atención.

Esta opción se aparta claramente de la adoptada por el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones), que parte de la declaración, contenida en su preámbulo, de que *«es preciso otorgar a la Comisión competencia exclusiva para la aplicación del presente Reglamento sujeta a la revisión del Tribunal de Justicia»*. De este modo, las concentraciones *«de dimensión comunitaria»*, tal y como las mismas son definidas en el Reglamento¹⁵, serán eva-

¹⁵ El art. 1.2 del Reglamento dispone que *«una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros; b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración*

luadas exclusivamente por la Comisión y sus decisiones serán recurribles únicamente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con lo que el riesgo de la existencia de resoluciones contradictorias queda conjurado en ese concreto ámbito material de las concentraciones de dimensión comunitaria.

Pero volviendo a la cuestión de la aplicación en España de los arts. 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, debe señalarse que, en este momento, y como consecuencia de la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concurzal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de, entre otras, los procedimientos de aplicación de dichos preceptos, así como de su Derecho derivado.

La legislación vigente no resuelve un problema técnico de cierta importancia: el de la competencia para el conocimiento de las cuestiones conexas no comprendidas en ninguna de las materias que son competencia de los nuevos Juzgados de lo Mercantil, por lo que, en el supuesto de que la parte demandante quisiera plantear en su demanda la acumulación de acciones o dicha situación se plantease, más probablemente, por la vía del ejercicio de una acción por demanda reconvenzional, la competencia judicial habría de dividirse entre los Juzgados Mercantiles y los Juzgados de Primera Instancia.

En definitiva, la aplicación de la legislación vigente en materia de defensa de la competencia está sometida, en primer término, a la decisión de órganos administrativos cuando se trata de la aplicación de nuestra Ley nacional, a la de la Comisión cuando la cuestión enjuiciada se refiere a operaciones de concentración de dimensión comunitaria, o a los Juzgados de lo Mercantil cuando se trate de aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de las Comunidades y su Derecho derivado.

Una vez dictadas las correspondientes resoluciones, puede producirse la intervención sucesiva de los siguientes órganos jurisdiccionales:

— La de los órganos contencioso-administrativos (para la revisión de las resoluciones dictadas por los órganos administrativos de defensa de la competencia); de los Juzgados de Primera Instancia (para conocer de las pretensiones de naturaleza civil que aparezcan de algún modo conectadas a las prácticas anticompetitivas previamente conocidas por los órganos administrativos y, en su caso, contencioso-administrativos), y, en caso de recurso de apelación o de casación, respectivamente, la

supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro». A estos supuestos deben añadirse aquellos en que, aun no concurriendo esos requisitos, sí lo hagan los contenidos en el apartado 3 del propio artículo primero del Reglamento.

Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial correspondiente o el propio Tribunal Supremo.

— El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (concentraciones de dimensión comunitaria).

— Las Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales y, en su caso, el Tribunal Supremo, respecto de los recursos de apelación o casación interpuestos, respectivamente, contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Mercantil o por las propias Audiencias Provinciales.

La probabilidad de que se dicten resoluciones contradictorias por órganos administrativos y jurisdiccionales o por estos últimos entre sí resulta así muy relevante.

5. LA EVENTUAL INTERVENCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA PENAL

Por sorprendente que pueda parecer, el panorama de complejidad competencial no se agota con lo expuesto. Falta por realizar alguna consideración respecto del posible planteamiento, en sede penal, de cuestiones directamente relacionadas con la defensa de la competencia.

Y es que la tradicional figura delictiva de la manipulación de precios o mercados, las «*maquinaciones para alterar el precio de las cosas*», inseparable, probablemente, de un momento histórico muy determinado, ha encontrado nueva vida de la mano de la presentación de denuncias o la interposición de querellas por la presunta existencia de acuerdos anticompetitivos entre los operadores dominantes en distintos mercados (compañías de transporte aéreo, empresas petroleras...). El hecho de que las denuncias o querellas no sean directamente archivadas, sino que, por el contrario, y tal vez con correcto criterio técnico, den lugar a la realización de actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento de los hechos, provoca un problema jurídico de cierta importancia: ¿qué sucede con los procedimientos administrativos incoados precisamente para la determinación de la existencia de una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia y la correlativa imposición de sanciones administrativas? A mi juicio, y como consecuencia inevitable del principio del *non bis in idem*, la respuesta no puede ser otra que la suspensión del procedimiento administrativo que, no debe olvidarse, no sólo no podrá finalizar en la imposición de sanciones administrativas en respuesta a unos hechos que eventualmente pudieran ser calificados como infracción penal, sino que, aun en el caso de sobreseimiento, podría verse condicionado por el relato de hechos declarados probados en la sentencia penal ya firme.

Concretamente, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 284 del Código Penal, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o

multa de 12 a 24 meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos.

A mi juicio, la dicción literal de este precepto no debería permitir su utilización como fundamento de la presunta comisión de ilícitos penales en relación con los acuerdos o prácticas anticompetitivas. No obstante, es lo cierto que no ha sido éste el criterio seguido por los órganos penales, no tanto en sus sentencias, puesto que hasta el momento no ha recaído ninguna que contenga un pronunciamiento sobre el particular, sino en la admisión inicial a trámite de las denuncias o querellas interpuestas por distintos sujetos con utilización de dicho precepto.

Y es que el problema no es en absoluto exclusivo del Derecho sancionador de las conductas y prácticas anticompetitivas. En general, buena parte del Derecho penal económico español está basado en la tipificación de conductas muy similares, por no decir idénticas, a las que las leyes administrativas en cada caso aplicables configuran como infracciones administrativas.

Incluso en el supuesto de que se establezcan elementos objetivos para la definición del tipo penal, como sucede con el recurso a la cuantía de la cuota tributaria defraudada (o concepto técnicamente equivalente) en el delito contra la Hacienda Pública, la experiencia práctica acredita que buena parte de las conductas que implican un incumplimiento de las obligaciones tributarias con el resultado objetivo de un menor ingreso a favor de la Hacienda Pública de cuantía superior a la tipificada en el art. 305 del Código Penal no son enjuiciadas por los órganos de la justicia penal, sino que dan lugar a la tramitación de procedimientos administrativos dirigidos a la práctica de las correspondientes liquidaciones o, incluso, a la imposición de sanciones tributarias (lo que acredita la concurrencia del elemento subjetivo del tipo).

6. PROPUESTA DE REFORMA

La situación que ha tratado de describirse en los apartados anteriores no parece razonable. Antes al contrario, creo que debería producirse una acumulación de las competencias en alguno de los órganos mencionados, al menos, en lo referente a las cuestiones de naturaleza jurídico-privada.

En este sentido, dada la conexión de las materias de referencia con el mundo de las relaciones empresariales, y partiendo de su reciente configuración como órganos competentes para el conocimiento de las acciones relativas a la interpretación y aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado

de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, parece que la solución más razonable sería encomendar dicha competencia a los Juzgados de lo Mercantil.

Un argumento añadido puede encontrarse en la atribución de la competencia sobre las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, próximas, como se ha expuesto, a las cuestiones derivadas de la Ley de Defensa de la Competencia. Ante la dificultad para la diferenciación entre unas y otras en algunos supuestos, pudiera ser razonable que el conocimiento de unas y otras quedase atribuido a los Juzgados de lo Mercantil en lo relativo a las demandas de indemnización por daños y perjuicios, las demandas declarativas de nulidad de acuerdos, contratos... y, en general, todas las cuestiones relativas a la defensa de la competencia en las que los órganos de defensa de la competencia hubieran declinado intervenir en virtud de la regla *de minimis*.

Soy bien consciente de que este planteamiento ofrece, cuando menos, dos dificultades:

a) La primera es que la unificación sería relativa, pues no parece probable que la inminente reforma de la Ley de Defensa de la Competencia vaya a introducir novedades sustantivas en cuanto a la naturaleza de los órganos de Defensa de la Competencia y, por extensión, en cuanto al conocimiento de las pretensiones ejercitadas para su revisión. Tampoco parece probable que una eventual modificación del Código Penal pudiera conducir, al menos a corto plazo, a la superación de la actual dicotomía entre procedimientos administrativos, civiles y penales.

b) La segunda supone un inconveniente más serio y se refiere a la capacidad de los propios Juzgados de lo Mercantil. Hasta el momento, su creación ha sido un acierto y están evidenciando una notable capacidad para resolver un estimable número de asuntos (teniendo en cuenta su complejidad) y para hacerlo con una calidad jurídica en sus resoluciones que también resulta digna de reconocimiento. No obstante, de resolverse el problema de las cuestiones conexas a que se ha hecho anterior mención, de producirse un incremento de los asuntos sometidos a su conocimiento (y, en este sentido, un progresivo aumento del número de procesos concursales, que, no conviene olvidarlo, constituyen la razón de ser de estos órganos judiciales, no parece improbable), la decisión de atribuirles la competencia global sobre las cuestiones derivadas de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en su vertiente privada pudiera convertirse más en un problema que en una solución.

En esta misma línea podría esgrimirse, como argumento contrario a la concentración de estas competencias en los Juzgados de lo Mercantil, el argumento de la continuidad: el funcionamiento de los Juzgados de Primera Instancia en este ámbito material parece haber sido correcto, las resoluciones se han dictado en plazos razonables y el número de los Juzgados existentes dificulta el colapso por acumulación de asuntos.

Frente a estos argumentos, una posible respuesta se encuentra en la especialización. Del mismo modo que los Juzgados de lo Mercantil suponen una apuesta por la especialización que, al menos de momento, está teniendo resultados positivos, tal vez profundizar en la misma, distinguiendo entre Juzgados de lo Mercantil especializados en materia concursal, otros en cuestiones de competencia (competencia desleal, defensa de la competencia...), transporte marítimo, etc., pudiera ser una buena idea. El problema, sin duda, se encontraría en el número de órganos judiciales que podrían crearse. Probablemente las inversiones necesarias para la puesta en funcionamiento de órganos especializados en materia de competencia dentro del tronco común de los Juzgados de lo Mercantil únicamente serían razonables en determinadas localidades, produciéndose así, por llevar el razonamiento al absurdo, la situación de que en determinadas provincias las cuestiones de competencia estarían encomendadas subsidiariamente a los Juzgados de Primera Instancia por no existir Juzgados de lo Mercantil, en otras se atribuirán a los Juzgados de lo Mercantil (*in genere*) por no existir Juzgados de lo Mercantil especializados en conflictos sobre aplicación de las leyes de defensa de la competencia y competencia desleal y, solamente en algunas (Madrid, Barcelona...), existirían esos Juzgados de lo Mercantil especializados.

Mientras ese día llega, la atribución de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil parece la mejor alternativa posible. Sólo el tiempo y la experiencia derivada de su puesta en marcha nos permitirá saber si la especialización en su seno tiene o no sentido. No obstante, y esto también parece una idea relevante, la especialización no debería quedar limitada a la primera instancia. Parece que, en el supuesto de que las cuestiones relacionadas con la defensa de la competencia o la competencia desleal fuesen genéricamente atribuidas a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, estas cuestiones no deberían ser sin más sometidas al conocimiento de las Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales respectivamente competentes. Parece claro que la especialización debe llegar hasta la segunda instancia.

En cualquier caso, el mejor argumento para sustentar la competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la legislación sobre competencia europea o española y sobre competencia desleal lo proporciona el recordatorio de algunos párrafos de la Exposición de Motivos de la 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.

Son los siguientes:

«... la complejidad de la vida social y económica de nuestro tiempo y la repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización. Con tal finalidad, se encomiendan a los Juzgados de lo Mercantil otras competencias añadidas

a la materia concursal, abriendo con ello un camino de futuro que debe rendir frutos importantes en el proceso de modernización de nuestra justicia. Interesa añadir en este punto dos aclaraciones importantes. La denominación de estos nuevos Juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, sino así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los Juzgados de lo Mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles...

A mayor abundamiento, con la creación de los Juzgados de lo Mercantil deben lograrse otros objetivos. En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica. En segundo término, ello ha de contribuir a que esas mismas resoluciones se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y la resolución de los litigios. En tercer lugar, se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica. Por último, la creación de estos Juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil».

Estos argumentos son perfectamente utilizables para defender, en este momento, una revisión del ámbito competencial atribuido a los Juzgados de lo Mercantil al objeto de que queden comprendidas en el mismo cuantas cuestiones, principales o conexas, deriven de la aplicación de la normativa europea y española sobre competencia.

La atribución de la competencia a órganos especializados, el incremento de los asuntos que, por cualquiera de las vías ya analizadas, se refieran a conductas pretendidamente contrarias a la normativa (española o europea) sobre defensa de la competencia, y que no sean analizados por los órganos administrativos de defensa de la competencia (lo que evitaría la intervención de los órganos de la justicia administrativa como instancia revisora) y el propio juego de los nuevos procedimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 deberían conducir, de forma paralela, a un proceso paralelo producido en el ámbito del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo de la mano de su ley reguladora del año 1998 y de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, de la de los órganos autonómicos de defensa de la competencia (con la correlativa intervención de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia correspondientes a cada Comunidad Autónoma), a un acortamiento sustancial de los plazos actuales para la satisfacción de las demandas de reparación por daños

y perjuicios derivados de conductas contrarias a la legislación de competencia.

En cuanto a las competencias de la justicia penal, se trata de una cuestión que una futura reforma del Código Penal debería resolver, aclarando el ámbito objetivo de aplicación del art. 284 y, en el supuesto de que se considere conveniente incluir en el mismo las conductas contrarias a la normativa sobre defensa de la competencia, incorporar algún elemento objetivo en la configuración del tipo que evite la criminalización de conductas que, por su escasa relevancia desde el punto de vista económico o social, pudieran o bien merecer una respuesta puramente administrativa o, incluso, y en virtud de la regla *de minimis*, ni tan siquiera ésta. Y es que los principios de proporcionalidad e intervención mínima que deberían ser propios de la respuesta penal aconsejan reducir los supuestos enjuiciados en el ámbito penal a situaciones en que las conductas realizadas hubieran provocado efectos de importancia desde el punto de vista económico y social.

7. EL PROBLEMA DE LA FALTA DE HOMOGENEIDAD EN LOS CRITERIOS APLICATIVOS DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

Suponiendo que logremos la unificación de la competencia jurisdiccional para conocer, al menos, acerca de las cuestiones de naturaleza civil ligadas a un proceso en materia de defensa de la competencia, quedaría por resolver el problema de la garantía de la homogeneidad de criterios interpretativos entre los órganos administrativos, los contencioso-administrativos y los del orden jurisdiccional civil.

De partida, y como cuestión previa, el obligatorio respeto a la cosa juzgada impondría que, en aquellos supuestos en que existan resoluciones judiciales dictadas en el seno de recursos contencioso-administrativos con carácter previo al inicio de procesos de naturaleza civil, el órgano judicial competente para el conocimiento de estas cuestiones se encuentre vinculado por el relato de hechos que se hayan declarado probados en las resoluciones precedentes. Evidentemente, y por respeto a la «cosa juzgada administrativa», debería aplicarse el mismo razonamiento en relación con los actos administrativos dictados por los órganos de defensa de la competencia que hubieran ganado firmeza.

Sin embargo, esto no garantiza la coherencia de los criterios de interpretación y aplicación de las normas nacionales y europeas en materia de defensa de la competencia. Pero no nos engañemos, de mantenerse la existencia de procesos contencioso-administrativos y civiles en materia de defensa de la competencia, la existencia potencial de criterios interpretativos distintos es inevitable y únicamente podremos tratar de reducir el

mínimo de supuestos en que la contradicción pueda producirse y, sobre todo, garantizar que si la resolución «civil» se aparta de la doctrina sentada por los órganos contencioso-administrativos, el juzgador ha sido plenamente consciente de este hecho, incorporando a la motivación de la sentencia una indicación sobre los motivos que le han llevado a apartarse de esos criterios interpretativos.

Para asegurar ese conocimiento de la existencia de una interpretación administrativa o contencioso-administrativa, que pudiera considerarse consolidada, caben distintas posibilidades:

a) Presumir ese conocimiento como una consecuencia más del principio «*iura novit curia*».

b) Atribuir a las partes la carga de la acreditación de una línea de interpretación administrativa y/o contencioso-administrativa en materia de defensa de la competencia, como probablemente sería razonable si partimos del principio de justicia rogada que es propio del orden jurisdiccional civil.

c) Establecer que, con carácter imperativo o no (y ésta es una nueva distinción que podría realizarse), debe o pueda producirse una intervención en el proceso de funcionarios adscritos a los órganos de defensa de la competencia.

La primera solución, teóricamente irreprochable, no parece realista. Aun cuando los Juzgados de lo Mercantil pudieran, eventualmente, convertirse en órganos especializados en cuestiones ligadas con la defensa de la competencia o la competencia desleal, no parece posible que pueda presumirse que los jueces competentes se hallan al corriente de los criterios interpretativos de los órganos de defensa de la competencia y de los del orden contencioso-administrativo en todas las materias, ámbitos o sectores sobre los que puede proyectarse su competencia.

La segunda solución podría ser, por el contrario, difícilmente admisible desde un punto de vista teórico, pero tal vez pudiera ser operativa en la práctica, puesto que existiría una certeza prácticamente total de que, al menos una de las partes (la más beneficiada por la aplicación de los criterios interpretativos utilizados por los órganos administrativos o judiciales) pusiera en conocimiento del juez su existencia. No obstante, esta fórmula puede resultar problemática en supuestos en que las partes se sitúan por razones económicas o de otra índole, en posiciones asimétricas desde el punto de vista de sus conocimientos en materia de defensa de la competencia. Evidentemente, como en cualquier otro asunto, esto sería una responsabilidad exclusivamente atribuible a las partes, pero no parece que la Administración debiera ser ajena a esa posibilidad. Por último, y aunque no sea un problema inhabitual en los procesos civiles, podría plantearse la duda relativa a cómo debería resolver el juez aquellos supuestos en que la discrepancia de las partes se extiende a los criterios supuestamente utilizados por los órganos administrativos y judiciales.

Puede que la participación en los procesos de funcionarios de los órganos de defensa de la competencia, con el carácter de peritos, pueda ser la mejor solución. Y, en este sentido, podría ser conveniente reconocer esta función a los órganos de defensa de la competencia (como sucede en la Ley General Tributaria respecto de los órganos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria) concretando el deber genérico de colaboración con la Administración de Justicia, evitando así toda controversia al respecto. Pero esa colaboración quedaría siempre sujeta a la decisión del juez: será éste quien, a la vista de las circunstancias del caso, decidirá si dicha colaboración es o no conveniente y también será el juez quien, en la valoración de la prueba, habrá de decidir si acoge o no las conclusiones de esos peritos. Por otra parte, y partiendo del principio del «*iura novit curia*», esa pericia debería tener por objeto prioritario ilustrar al Juez sobre aspectos fundamentalmente económicos o empresariales, como la definición del mercado relevante, la descripción de la estructura de un mercado o sector, la razonabilidad económica de una determinada conducta...

La idea del «*amicus curiae*» está presente en las reflexiones de la Comisión Europea a propósito del cambio del modelo de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado y, de hecho, parece evidente que la Comisión piensa en el papel que, en este sentido, pueden desempeñar sus Servicios de Competencia.

Sin embargo, esta figura resulta desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, inevitablemente, habría de ser reconducida, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien a una prueba testifical, en el supuesto de que la intervención de los funcionarios de los órganos de defensa de la competencia tuviera por objeto «dar noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio», o bien a una prueba testifical, cuando, por el contrario, se trate de aportar conocimientos científicos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

Una posibilidad (alternativa o, tal vez, complementaria) podría ser la de conceder legitimación a la Administración General del Estado para que pudiera intervenir en asuntos o recurrir resoluciones judiciales que, por sus circunstancias, pudieran dar lugar a la fijación de criterios jurisprudenciales de importancia en cuanto a la interpretación y aplicación de la legislación sobre defensa de la competencia.

Más allá de este punto, sólo quedaría confiar en la capacidad de los órganos superiores (y, en particular, del Tribunal Supremo, al que probablemente terminarán llegando los asuntos más relevantes que se refieran a las cuestiones hasta ahora analizadas) para lograr una razonable unificación de criterios entre los distintos órganos judiciales.

8. CONCLUSIÓN

En definitiva, la plena integración de las competencias jurisdiccionales en relación con las conductas contrarias a la normativa sobre defensa de la competencia no parece un objetivo razonable si partimos de la configuración de nuestra justicia contencioso-administrativa como una instancia revisora de la actuación de los órganos administrativos y de la dificultad existente para atribuirle el conocimiento de cuestiones puramente civiles como la determinación de la existencia y cuantía de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados o la declaración de nulidad de los actos acuerdos anticompetitivos.

Y es que si se admitiese la posibilidad de una intervención directa de los órganos de la justicia civil o mercantil, previa demanda de una de las partes afectadas, y con anterioridad a la existencia de un pronunciamiento de los órganos administrativos de defensa de la competencia, conllevaría, en la práctica, el cierre de los órganos administrativos dedicados a la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia. ¿Qué sentido tendría acudir a ellos si la pretensión del perjudicado no es otra que la de obtener una rápida reparación de los daños y perjuicios irrogados? Aunque imaginásemos la posibilidad de que, una vez presentada la demanda, el juez diese traslado de la misma a los órganos administrativos de defensa de la competencia a fin de que pudieran iniciar el correspondiente procedimiento, ¿cómo garantizar la coherencia no ya de las resoluciones sino incluso del relato de hechos probados?

Tratando de avanzar soluciones parciales, una primera afirmación podría ser la de que el principio de tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE, obliga a permitir el acceso directo a la jurisdicción a todas aquellas partes que, en virtud de la aplicación de la legislación sobre defensa de la competencia (y, en particular, de la «regla de *minimis*») no pudieran obtener la protección de sus derechos de los órganos administrativos. Evidentemente, a la misma conclusión debe llegarse respecto de aquellas cuestiones que, como la aplicación de la legislación sobre competencia desleal, se encuentran directamente atribuidas a la competencia judicial (salvo el supuesto previsto en el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)

En el supuesto de que las conductas sí recayesen en el ámbito competencial de los órganos administrativos de defensa de la competencia, no soy capaz, después de años de reflexión al respecto¹⁶, de llegar a otra conclusión que no sea la de aguardar a su pronunciamiento. Siempre he sido consciente de que ello conlleva la necesidad de aguardar un largo período de tiempo para la determinación definitiva de una indemnización de daños y perjuicios y de que ello implica dividir la competencia entre

¹⁶ Ver nota 1.

los órganos de la justicia civil y los de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero, honestamente, no encuentro otra solución respetuosa con la estructura general de nuestro ordenamiento.

Reconozco abiertamente mi inseguridad sobre estas cuestiones. No parece existir una solución exenta de dificultades, pero lo que sí parece indiscutible es que los ciudadanos y las empresas tienen derecho a acceder inmediatamente a la justicia cuando los órganos administrativos no puedan, en aplicación de la legislación sobre defensa de la competencia, satisfacer sus legítimas aspiraciones y que, por otro lado, la justicia no puede anticipar o simultanear su pronunciamiento a las resoluciones de los órganos administrativos y a su eventual revisión por los órganos competentes del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues, en otro caso, unos y otros perderían su razón de ser o podrían generar, como se ha anticipado, situaciones de inseguridad jurídica totalmente inaceptables.

En cambio, sí creo que los argumentos esgrimidos en pro de la atribución en exclusiva de las competencias relativas al conocimiento de las cuestiones puramente civiles derivadas de la legislación española sobre defensa de la competencia a los Juzgados de lo Mercantil, poniendo término a la presente dualidad de competencias entre éstos y los Juzgados de Primera Instancia, son difícilmente rebatibles.

A mi juicio, carece de justificación que, como hemos visto, nuestro ordenamiento atribuya a estos últimos competencias en materia de competencia desleal o de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea, mientras que no se han alterado las competencias generales de los Juzgados de Primera Instancia que les llevarían a conocer de las reclamaciones de cantidad relativas a las indemnizaciones por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de los actos contrarios a la normativa sobre defensa de la competencia o las tendentes a la declaración de nulidad de dichos actos o acuerdos anticompetitivos. En mi opinión, la configuración de los Juzgados de lo Mercantil como órganos «de referencia» en materia de relaciones empresariales, unida a una lógica búsqueda de la mayor especialización aconsejarían que la presente dicotomía se resolviese a favor de los Juzgados de lo Mercantil.

Por último, y en cuanto al conocimiento de asuntos relacionados con prácticas pretendidamente anticompetitivas por parte de órganos de la justicia penal, al margen de manifestar mis dudas sobre la cabida de tales conductas en los tipos actualmente configurados en nuestro Código Penal y, en particular, en su art. 284, creo que las actuaciones judiciales relativas a prácticas producidas en el ámbito del transporte aéreo o del mercado de distribución de productos derivados del petróleo que se han producido en los últimos años aconsejarían una revisión de esos tipos al objeto de aclarar la exclusión de estas conductas, suficientemente pena-

lizadas en el ámbito administrativo, o, en el supuesto de que esta tesis no se compartiese, la mejor delimitación de los tipos incluyese la incorporación de elementos objetivos que asegurasen que la intervención de los órganos de la justicia penal se limitase a las conductas que fueran susceptibles de provocar los más graves efectos desde el punto de vista social y económico.

PAUTAS PARA EL DISEÑO DE UN PROCEDIMIENTO MÁS EFICAZ EN MATERIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS O PROHIBIDAS

Marisol FERNÁNDEZ-ARAGONCILLO AGLIO

Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional

El momento, en el que se escribe este artículo tiene una importancia esencial para la defensa de la competencia, y ello porque en el mismo se está fraguando una intensa reforma del sistema español en esta materia, con una revisión amplia del modelo vigente en España desde 1989 establecido por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

Uno de los propósitos de esta reforma es el de conseguir una intervención administrativa más eficaz. Y como no hay que olvidar que el procedimiento administrativo es el cauce o iter por el que se desarrolla la actuación administrativa, el mismo tiene una importancia esencial en la consecución por la Administración de sus objetivos finales. Es decir, si se quiere conseguir una intervención más eficaz de los órganos de defensa de la Competencia, es necesario diseñar un procedimiento que les permita conseguir este fin y que, además, tenga en cuenta los demás principios que deben presidir su actuación: seguridad jurídica de los operadores a lo largo del procedimiento, independencia en la toma de decisiones, transparencia, coherencia del sistema y responsabilidad ante la sociedad.

La experiencia de catorce años de aplicación de los procedimientos establecidos en la LDC, sin perjuicio de las modificaciones introducidas por diversas normas posteriores, ha puesto de manifiesto una serie de deficiencias, que deben intentar corregirse en una futura reforma, y una serie de puntos positivos en los que debe profundizar.

Por ello, dedicamos este artículo a los procedimientos en materia de defensa de la competencia con el fin de dar nuestra aportación para el diseño de un procedimiento más eficaz. En concreto, nos centraremos en los acuerdos y prácticas prohibidas, pues el análisis de las concentraciones económicas se realiza en otras aportaciones de este Anuario.

La LDC regula el procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas en el Capítulo I (arts. 36 a 49) del Título III dedicado al procedimiento, debiéndose tener también en cuenta las disposiciones comunes a los procedimientos, que se recogen en el Capítulo II (arts. 50 a 57) del citado Título III.

En el esquema actual de autoridad dual con el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC, en adelante), como órgano (Dirección General) integrado en la estructura del Ministerio de Economía y Hacienda, y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, en adelante), como organismo autónomo con personalidad jurídica propia adscrito al citado Ministerio, el procedimiento administrativo en materia de prácticas restrictivas o abusivas consta de dos fases, la primera ante el SDC y la segunda ante el TDC, siempre que el procedimiento concluya con resolución del TDC sobre el fondo del asunto en la que se declare la existencia o inexistencia de la práctica prohibida, o bien consta de una sola fase ante el SDC, en el supuesto de terminación convencional y en el de terminación por sobreseimiento del expediente y archivo de actuaciones, sin perjuicio de que en estos dos supuestos pueda interponerse recurso contra el acuerdo del SDC ante el TDC.

De ahí que, a los efectos pretendidos en esta colaboración al Anuario, analizaré por separado el procedimiento que concluye con resolución del TDC sobre el fondo, del que concluye con terminación convencional y del que termina con el acuerdo de sobreseimiento¹.

Respecto de cada uno de ellos, seguiré el siguiente esquema:

En primer lugar, expondré brevemente el procedimiento vigente, tal cual es contemplado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

En segundo lugar, señalaré las deficiencias o debilidades observadas.

En tercer lugar, propondré una serie de reformas, unas pautas en aras de conseguir un procedimiento más eficaz.

1. PROCEDIMIENTO QUE CONCLUYE CON RESOLUCIÓN DEL TDC SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

A. SITUACIÓN ACTUAL.

Como hemos señalado anteriormente, este procedimiento se desarrolla en dos fases, la primera ante el SDC (arts. 36 a 37) y la segunda ante el TDC (arts. 39 a 44).

¹ No analizamos en esta aportación el procedimiento que concluye con terminación convencional, pues, además de que su análisis desbordaría la longitud deseada para esta obra colectiva, este tema es objeto de estudio autónomo en otra ponencia del Anuario.

a) Fase ante el SDC

De forma esquemática, la misma puede describirse como sigue:

— Acuerdo de iniciación adoptado por el SDC, de oficio o a instancia de parte interesada mediante providencia que se notifica a los interesados. En dicha providencia se designa instructor y, en su caso, secretario. Antes de dictar el acuerdo de incoación, y ante la noticia de una posible infracción, el SDC puede proceder a la instrucción de una información reservada para determinar la existencia de indicios de infracción, y, por tanto, la conveniencia de iniciar el procedimiento (art. 36 LDC)².

— Instrucción del expediente (art. 37 LDC), mediante la práctica de todos los actos necesarios para el esclarecimiento de los hechos y determinación de las responsabilidades. Dentro de la instrucción tiene lugar:

- Pliego de concreción de hechos, en el que se recogen aquellos que puedan ser constitutivos de infracción.
- Notificación del mismo a los presuntos infractores.
- Plazo de alegaciones al mismo por quince días³ y de proposición, en su caso, de las pruebas que se consideren pertinentes.
- Valoración de la prueba por plazo de diez días una vez cerrado el plazo probatorio.
- Informe-propuesta que redacta el SDC una vez que considera instruido el expediente, en el que se detallan las conductas observadas (hechos constitutivos de infracción), sus antecedentes, autores, los efectos producidos en el mercado, la calificación que le merecen los hechos y las responsabilidades que corresponden a los autores.
- Elevación del expediente al TDC junto con el informe-propuesta.

En cuanto a la duración de esta fase, el art. 56.1 LDC⁴ ha fijado en doce meses el plazo máximo, a contar desde la iniciación formal del procedimiento hasta la remisión del expediente al TDC, todo ello sin perjuicio de los supuestos de suspensión y ampliación previstos en dicho precepto, a los que haremos referencia después de exponer la fase ante el TDC. El transcurso de este plazo máximo sin que el SDC haya elevado al TDC el expediente con su informe-propuesta determina la caducidad.

² El art. 36 de la Ley 16/1989 establece que «el procedimiento se inicia por el servicio de oficio o a instancia de parte interesada». Sobre el tenor literal de este precepto haremos unos comentarios al tratar de las deficiencias de la LDC.

³ Todo ello sin perjuicio del derecho que se reconoce en el art. 36.2 a los interesados, a aducir alegaciones en cualquier momento del procedimiento, que serán tenidas en cuenta por el SDC al redactar el informe-propuesta.

⁴ El art. 32 de la Ley 52/1999 redujo el plazo de dieciocho meses de la fase ante el SDC (establecido por el art. 30 de la Ley 66/1997) a doce meses.

b) *Fase ante el TDC*

En la misma tienen lugar los siguientes trámites:

— Admisión a trámite del expediente. Una vez que el TDC recibe el expediente, debe resolver sobre su admisión en un plazo de cinco días, teniendo en cuenta si se han aportado al mismo los antecedentes necesarios⁵.

— Puesta de manifiesto a los interesados del expediente (una vez admitido) por plazo de quince días, dentro del cual pueden solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias.

— Práctica de la prueba propuesta por los interesados y admitida por el TDC, así como las que, en su caso, disponga el TDC que no sean reproducción de las practicadas ante el SDC.

— Puesta de manifiesto a los interesados del resultado de las diligencias de prueba por plazo de diez días, en el que pueden alegar cuanto estimen conveniente sobre su alcance e importancia.

— Conclusiones o vista. Caso de que el TDC no considere necesaria la celebración de vista, concederá un plazo de quince días a los interesados para formular conclusiones.

— Diligencias para mejor proveer, en su caso. Tras la vista o conclusiones y antes de dictar resolución, el TDC puede acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba y recabar nuevos informes.

— Resolución del TDC. Conclusas las actuaciones, el TDC dictará resolución en plazo en veinte días, resolución que pone fin a la vía administrativa y es directamente recurrible ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

El art. 56.2 LDC⁶ fijó en doce meses el plazo máximo del que dispone el TDC para dictar y notificar la resolución a contar desde la admisión a trámite del expediente, tras el cual se da entrada a un plazo de caducidad de treinta días⁷, cuyo transcurso sin haberse notificado la resolución determina la caducidad⁸. Y ello sin perjuicio de los supuestos de suspensión y ampliación del plazo previsto en el citado art. 56.2, que abordaremos a continuación.

⁵ Si considera que no se han aportado, interesa del SDC la práctica de las diligencias oportunas, sin perjuicio de que éste pueda, además, completarlas con las que estime pertinentes. El plazo máximo que dispone el SDC para ello es de seis meses, conforme al segundo párrafo del art. 56.1 LDC introducido por el art. 84 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁶ En la redacción dada al mismo por el art. 30 de la Ley 66/1997.

⁷ Este plazo de caducidad se contemplaba igualmente en la redacción inicial del art. 43.4 de la Ley 30/1992 y art. 20.6 del RD 1383/1993.

⁸ El art. 32 de la Ley 52/1999, que modificó el art. 56 reduciendo a doce meses la fase ante el SDC, dejó, sin embargo, intacto el plazo de doce meses más treinta días de caducidad previsto en la Ley 66/1997. Sobre este tema trataremos al analizar las debilidades de la LDC.

c) *Suspensión y ampliación del plazo*

Tanto para la fase ante el SDC como para la que tiene lugar ante el TDC, el art. 56 LDC contempla supuestos de suspensión y ampliación comunes a la generalidad de los procedimientos administrativos, remitiéndose a los supuestos de suspensión y ampliación del art. 42.5 y 6 de la Ley 30/1992, así como supuestos específicos para cada una de estas fases ante el SDC y TDC.

i) *Supuestos genéricos previstos en la Ley 30/1992, RJPAC*

Por lo que se refiere a los supuestos de la Ley 30/1992, dado que en el apartado relativo a las deficiencias del sistema vigente haremos referencia a los mismos, transcribimos a continuación el contenido de los citados preceptos.

En relación con la suspensión, el art. 42.5 dispone:

«El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a) *Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 71 de la presente Ley.*

b) *Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.*

c) *Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.*

d) *Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.*

e) *Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el art. 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados».*

Y, por lo que se refiere a la ampliación, el art. 42.6 establece:

«Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento...».

ii) Supuestos específicos ante el SDC

Además de esta remisión genérica al art. 42.5 y 6 de la Ley 30/1992, el citado art. 56.1 LDC añade otros supuestos específicos de interrupción del plazo máximo de duración:

- En los supuestos de interposición de recursos contra los actos del SDC ante el TDC previstos en el art. 47 LDC.
- Cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o la cooperación con autoridades de competencia de otros países.

iii) Supuestos específicos ante el TDC

El art. 56.2 de la Ley 16/1989 prevé que el plazo máximo del que cuenta el TDC pueda suspenderse, además de en los supuestos previstos el art. 42.5 de la Ley 30/1992, en los siguientes:

- Planteamiento de cuestiones incidentales en los que la Ley prevé la suspensión.
- Interposición de recurso y acuerdo de suspensión por el órgano jurisdiccional competente.
- Se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer previstas en el art. 42 LDC.
- Se deba proceder a cambio de calificación en los términos del art. 42.1 LDC, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba y recabar nuevos informes.
- Por concurrencia con un procedimiento ante órganos comunitarios prevista en el art. 44 LDC.
- Presentación de cuestión prejudicial ante el TJCE.

B. DEFICIENCIAS O DEBILIDADES

a) *Un plazo, con carácter general de veinticinco meses (doce ante el SDC más doce ante el TDC, más treinta días de caducidad ante éste), sin perjuicio de posibles suspensiones y ampliaciones del mismo, nos parece excesivo*⁹.

Y ello porque creemos que, con carácter general, podría dictarse resolución sobre el fondo en menos plazo, lo cual permitiría, con el mismo nivel de garantías para los presuntos infractores, una más eficaz actuación administrativa frente a conductas abusivas o restrictivas.

b) *De entrada, consideramos que en la fase ante el TDC hay un exceso de fase probatoria que dilata innecesariamente la misma e impide al TDC (órgano resolutor) centrarse en utilizar el plazo del que dispone para crear y consolidar criterio y doctrina.*

Así que cuando ya está instruido el expediente ante el SDC y se eleva al TDC, éste, nada más admitirlo, vuelva a poner de manifiesto el expediente a los interesados para que puedan proponer «cuantas pruebas estime necesarias» no tiene justificación, máxime cuando en la fase ante el SDC, antes de dictarse el informe-propuesta, se da traslado para alegaciones a los interesados. Piénsese que no se está restringiendo la proposición de prueba a aquella que, estimándose necesaria y pertinente por los interesados, se hubiera inadmitido (o finalmente no practicado) por el SDC, o hubiera aparecido en la segunda fase ante el TDC, sino que se permite proponer «cuantas se estimen necesarias».

Ello puede propiciar el que los interesados puedan reservarse pruebas ante el SDC con fines no legítimos, desvirtuando innecesariamente lo que debe ser la fase ante el órgano resolutor.

c) *Por otra parte, también consideramos redundante que, una vez cerrado el período probatorio, el resultado de las diligencias de prueba se ponga de manifiesto a los interesados por plazo de diez días para efectuar alegaciones sobre ella, y que, acto seguido, puedan volver a hacer alegaciones sobre lo mismo, bien en el plazo de quince días que se les concede para formular conclusiones, o bien en la vista, cuando lo acuerde el TDC: es decir, puesto que el trámite de vista o conclusiones siempre debe tener lugar (a tenor del art. 41 LDC), dado que, cuando el TDC no acuerda la celebración de la vista, debe concederse plazo de quince días para formular conclusiones, el plazo de diez días que se les otorga a los interesados nada más practicarse la prueba para alegaciones es superfluo y alarga innecesariamente la resolución final.*

⁹ Si bien, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los sistemas de Derecho comparado no existe plazo máximo de resolución, aunque en la práctica éste puede tener una duración media de dieciocho meses a dos años.

Es decir, si el trámite de conclusiones sólo tuviera lugar cuando lo solicitara(n) expresamente el (los) interesado(s) cuando no hubiera fase de conclusiones, estaría justificado la concesión de un plazo de alegaciones por diez días sobre el resultado de la prueba practicada, pues si no, no habría momento posterior para ello. Pero como, aunque el TDC no acuerde la celebración de la vista, debe haber plazo de quince días para formular conclusiones (por el art. 41 LDC), lo que los interesados quieran hacer valer sobre el resultado de las pruebas pueden hacerlo en el escrito de conclusiones, en el que las partes pueden presentar no sólo alegaciones sucintas sobre los fundamentos jurídicos, sino también acerca de los hechos a la luz de lo que resulte del resultado de las pruebas, a modo como ocurre en vía contencioso-administrativa.

Así, en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, en la que también está prevista la fase de prueba y conclusiones (o vista), el art. 61.4 de la Ley 29/1998 prevé que «si el juez o Tribunal hiciera uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba, y las partes carecieran de oportunidad para alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, el resultado de la prueba se pondrá de manifiesto a las partes, las cuales podrán, en el plazo de tres días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia».

Es decir, en vía a jurisdiccional se supedita la posibilidad de este plazo de alegaciones sobre el resultado de la prueba a que concurran los dos siguientes requisitos:

- Que la misma se haya acordado de oficio por el resolutor.
- Que no vaya a haber fase de vista o conclusiones.

Y ello porque, en vía jurisdiccional, no siempre tiene lugar la fase de conclusiones, sino sólo cuando lo soliciten las partes o, excepcionalmente, lo acuerde el juez o Tribunal.

d) *Por otra parte, los supuestos de suspensión y ampliación de plazos previstos en los arts. 56.1 LDC para el SDC y en el art. 56.2 del mismo cuerpo legal para el TDC no siempre encajan en las necesidades propias y naturaleza de los procedimientos en materia de defensa de la competencia, especialmente con las remisiones genéricas a los arts. 42.5 y 6 de la Ley 30/1992.*

i) Suspensión:

En relación con los supuestos de suspensión del plazo máximo legal previstos en el art. 42.5 de la Ley 30/1992:

— El supuesto del art.42.5.a)¹⁰ no cubre todas las necesidades propias de estos procedimientos. Y ello porque en algunos supuestos se hace

¹⁰ Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la

necesario en la instrucción obtener cierta documentación o información de terceras personas que, al no figurar como imputadas (ni haber sido denunciante), no tienen la consideración de interesados en el mismo, y, por tanto, el requerimiento de información o documentación a dichas personas no permite acordar la suspensión en base a este precepto. Y está claro que el «remedio» no debe ser imputar inicialmente a dichas personas para, así, poder obtener información de las mismas.

— El supuesto previsto en el art. 42.5.d)¹¹ no permitiría tampoco obtener información en dichos supuestos, pues dicho apartado se circunscribe a «pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados», dejando fuera las pruebas acordadas de oficio por el instructor, cuya práctica se manifestará necesaria para éste en un determinado momento del procedimiento, y que, al ser acordadas de oficio, no permitiría la suspensión en base al art. 42.4.d).

— El art. 42.5.c)¹² no siempre atiende a las necesidades propias de estos procedimientos. En determinados supuestos, la marcha del procedimiento pone de manifiesto la necesidad, para un caso concreto, de obtener un informe de un órgano u organismo público, que, aunque no esté previsto con carácter general de forma preceptiva y vinculante, su emisión devenga determinante en ese supuesto, justificando la suspensión del plazo con igual motivo que en el previsto en el apartado c) del art. 42.5 de la Ley 30/1992.

Por otra parte, no está claro que esta necesidad pueda cubrirse en base a lo dispuesto en el art. 17.4 del RD 1389/1993, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, a cuyo tenor *«cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo o entidad pública, y sea admitida a trámite, se entenderá que tiene carácter preceptivo, y se podrá entender que tiene carácter determinante para la resolución del procedimiento, con los efectos previstos en el art. 83.3 de la Ley 30/1992»*.

Este precepto atribuye, en estos supuestos, a dicho informe el carácter de preceptivo y determinante, con virtualidad interruptiva del plazo. Sin embargo, decíamos que no está claro que el órgano de defensa de la competencia pueda basarse en el mismo para suspender el plazo, puesto que el citado art. 17.4 del RD 1389/1993 parece estar refiriéndose a los supuestos en los que la prueba consistente en la emisión del informe es solicitada a instancia de parte interesada, y no de oficio, pues la expres-

notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 71 de la presente Ley.

¹¹ Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

¹² Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución.

sión utilizada en el precepto «y sea admitida a trámite» no tendría sentido en las pruebas acordadas de oficio.

— El supuesto previsto en el art. 42.5.b)¹³, si bien no contempla el supuesto de coordinación con la Unión Europea o con autoridades de competencia de otros países, estos supuestos están previstos como causa específica de suspensión por el propio art. 56 LDC.

Este motivo específico de suspensión permite subsumir el supuesto del art. 13 del Reglamento CE 1/2003, para cuando una autoridad de competencia de otro Estado miembro ya estuviese tramitando el procedimiento contra el mismo acuerdo, decisión o práctica en virtud de los arts. 81 y 82 del Tratado (el propio art. 13 del citado Reglamento CE 1/2003 prevé la suspensión).

ii) Ampliación:

Por lo que se refiere a la posible ampliación del plazo previsto en el art. 42.6 de la Ley 30/1992¹⁴, una interpretación demasiado restrictiva de la expresión «excepcionalmente» y «sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles» pudiera hacer inoperante en la práctica la aplicación del mismo, pues ¿cuál es el límite que se exige a la Administración para que se entienda que ya no puede habilitar más medios, ni personales ni materiales, para cumplir el despacho adecuado y en plazo? Supuestos como la aparición de nuevos interesados, planteamiento de cuestiones de confidencialidad (*ex* art. 53 LDC) en una fase avanzada del expediente, aportación por los interesados de documentación posterior extremadamente voluminosa, o especial complejidad del expediente deberían poder permitir la ampliación del plazo como supuesto específico, siempre, eso sí, que se justificara dicha necesidad de forma muy motivada y ello no causara perjuicio de difícil reparación a tercero u otros interesados.

e) *El sistema de recursos internos previsto en los arts. 47 a 49 LDC, en la práctica, puede convertirse en una táctica dilatoria de las partes que resta agilidad y eficacia al procedimiento y consiguiente resolución administrativa.*

Y ello porque los interesados vienen interponiendo los mismos por todo tipo de cuestiones y el SDC y el TDC vienen entendiendo, en base al art. 56 LDC, que la interposición de un recurso paraliza el procedimiento

¹³ Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

¹⁴ Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

hasta que se produce resolución del mismo por el TDC. Y consideramos que esta paralización del procedimiento no está justificada en todos los supuestos, pues ello depende de la naturaleza del acto recurrido.

Sin perjuicio de cuestionar, como hemos hecho anteriormente, la bondad del sistema de recursos internos, existen deficiencias concretas en su regulación actual, que, de mantenerse los mismos, deberían corregirse en la futura ley.

Así¹⁵, al regular el art. 48 de la Ley 16/1989, el plazo máximo del que dispone el TDC para dictar resolución, el apartado 4 de dicho precepto utiliza la imprecisa expresión de «sin que pueda exceder de tres meses el plazo para dictar y notificar resolución», pero sin indicar la consecuencia de la falta de resolución en plazo ni aclarar si la falta de resolución en plazo determina que el recurso se entienda desestimado (por aplicación supletoria del art. 43.2 de la Ley 30/1992) o si el incumplimiento de dicho plazo determina exclusivamente la responsabilidad del funcionario responsable del mismo. Y esta aclaración se hace, además, necesaria por cuanto repercute en el plazo de caducidad del SDC, al disponer el art. 56.1, párrafo tercero de la LDC la interrupción del plazo máximo previsto en la fase ante el SDC en los supuestos de interposición del recurso administrativo previsto en el art. 47 LDC.

En el supuesto de que el TDC se exceda del plazo máximo legal de tres meses para resolver y notificar el recurso, se plantea la duda de si el plazo ante el SDC vuelve a correr transcurridos los mismos aunque no se haya dictado resolución, o si hay que esperar a la resolución (aunque tardía) para que el plazo vuelva a correr.

f) *En cuanto al plazo máximo de duración de la fase ante el TDC, como dijimos supra, se ha fijado por el art. 56.2 LDC en doce meses, tras los cuales comienza un plazo de caducidad de treinta días, cuyo transcurso sin haberse notificado la resolución determina la caducidad del procedimiento.*

Este plazo de caducidad de doce meses en la fase ante el TDC fue introducido para los procedimientos en materia de defensa de la competencia por la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En aquel momento, dicha previsión resultaba coherente con el sistema general establecido por la Ley 30/1992 en el art. 43.4 (en su redacción originaria anterior a su reforma por la Ley 4/1999) que establecía la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos (entre los que se encuentran los sancionadores), así como por el art. 20.6 del RD 1398/1993, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

¹⁵ Ver M. FERNÁNDEZ-ARAGONCILLO, «La duración del procedimiento. Caducidad y prescripción», S. MARTÍNEZ LAGE y Amadeo PETITBÓ (dirs.), *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2005, pp. 436-437.

Posteriormente, la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, modificó dicho art. 43 LDC suprimiendo con carácter general, para los procedimientos administrativos, el plazo de caducidad de treinta días. Sin embargo, cuando la Ley 52/1999 introdujo de nuevo modificaciones en el art. 56 LDC que regula el procedimiento, dejó intacto el citado plazo de caducidad de treinta días en la fase ante el TDC.

Personalmente opinamos que, a pesar de que los procedimientos sancionadores ante el TDC se rijan, en primer lugar, por su normativa específica, resulta anacrónico mantener un sistema en el que al plazo máximo de duración del procedimiento sancionador se le añada un plazo extra de treinta días, cuando con carácter general en todos los procedimientos sancionadores dicho plazo extra de treinta días para que opere la caducidad se ha suprimido. Si se quería que la fase ante el TDC pudiera tener una duración máxima de trece meses y no de doce, debería decirlo así claramente la Ley, pero no mantener un plazo máximo y añadir un plazo extra de caducidad de treinta días que no tiene cabida en ningún otro procedimiento sancionador en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que también puedan regirse por su normativa específica¹⁶.

C. PROPUESTAS DE REFORMA

Consecuentemente con las deficiencias del sistema señaladas, considero procedente las siguientes reformas:

a) *Reducir el plazo general total del procedimiento:*

En el sistema de autoridad única, debe descargarse al órgano resolutor de la redundante fase probatoria existente actualmente, permitiendo que se centre en la función que le es propia de crear y consolidar criterio.

i) Se debería suprimir, pues, la previsión contenida en el art. 40 LDC de que el TDC (órgano resolutor), nada más recibir el informe-propuesta del SDC (órgano instructor) y admitir el expediente, vuelva a dar traslado a los interesados para que éstos puedan proponer de nuevo «cuantas pruebas estimen necesarias» y que el TDC (órgano resolutor) deba acordar la práctica de todas ellas con cumplir el mero requisito de «no haber sido practicadas ante el SDC».

Esta fase probatoria implica no sólo una pérdida de tiempo y esfuerzos en sí misma, sino que, además, conlleva en la Ley vigente una nueva fase de alegaciones sobre dicha prueba.

Eso sí, como en el informe-propuesta que se eleva por el instructor (SDC) al resolutor (TDC) se concretan los hechos y la acusación última que

¹⁶ Ver comentarios al efecto en nuestra participación a la obra colectiva *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, op. cit., p. 431.

propone el instructor, es lógico que los presuntos infractores puedan hacer alegaciones y presentar documentación de descargo a la vista de la concreta y última acusación que se dirige contra ellos.

Y, para ello, existen dos posibilidades:

— O bien que se proceda como con carácter general en los procedimientos sancionadores (art. 19 del RD 1389/1993), es decir, que se presenten dichas alegaciones de descargo ante el instructor y que éste eleve al resolutor el expediente, con el informe propuesta y las últimas alegaciones de descargo.

— O bien que una vez que se haya elevado al resolutor el expediente con el informe-propuesta, las alegaciones y documentación de descargo al mismo se presentan ante el órgano resolutor. Y en este caso, el resolutor no debería admitir mas pruebas de descargo que aquellas que hubieran sido improcedentemente inadmitidas o no practicadas por el instructor (y en su caso, aquellas que la parte acredite no haber podido aportar con anterioridad). Y respecto de estas pruebas podría preverse, bien que se practicaran ante el mismo resolutor, o bien que éste devuelva las actuaciones al instructor para su práctica.

ii) Y, en cualquier caso, de mantenerse en la futura ley para la fase resolutoria las previsiones en materia probatoria contempladas en la vigente LDC, debería suprimirse la posibilidad que existe actualmente de una doble fase de alegaciones sobre la misma:

— O bien que la fase de vista y conclusiones, en la que pueden hacerse alegaciones sobre las pruebas practicadas ante el resolutor, no siempre sea obligatoria (a modo como ocurre en el proceso contencioso-administrativo, como expusimos al tratar las deficiencias del sistema vigente), en cuyo caso, sólo en los supuestos en los que vaya a prescindirse de esta fase, podrá otorgarse a las partes fase de alegaciones sobre las pruebas.

— O bien, si mantiene la existencia, en todo caso, de fase de vista o conclusiones, se debería suprimir la fase de alegaciones vigente que tiene lugar, justo después de la prueba ante el TDC, y anterior a la vista o conclusiones. Y ello porque la fase de vista o conclusiones tiene por objeto, precisamente, que las partes puedan presentar alegaciones sucintas acerca de los hechos a la vista de las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones.

b) *Contemplar supuestos de suspensión y ampliación de los plazos de resolución que se adapten realmente a las características de estos procedimientos:*

i) *Suspensión:*

Si se quiere mantener la remisión genérica existente actualmente a los supuestos de suspensión previstos en los arts. 42.5 de la Ley 30/1992, deben completarse los mismos con otros específicos que, en la práctica,

permitan cubrir las lagunas que resultan de la aplicación del art. 42.5.6 de la citada Ley 30/1992.

Así, la previsión contenida en el art. 42.5.a) de la Ley 30/1992, de posibilidad de acordar la suspensión del plazo cuando deba requerirse a los interesados para la subsanación de deficiencias y aportación de documentos, debe completarse con los supuestos en que dicha información deba requerirse a terceros que, al no figurar como imputados ni haber sido denunciados, no tengan en ese momento la condición de interesados. La información de estos terceros, en determinados casos, se ha demostrado esencial en la práctica, y debe poder justificar la suspensión en análogos términos a cuando la misma se requiere de los interesados.

El supuesto del art. 42.5.b), de suspensión cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la UE, debe seguir completándose con el supuesto específico (como prevé la vigente LDC) de suspensión «cuando sea necesaria la coordinación con la Unión Europea o cooperación con las autoridades de competencia de otros países», el cual permite subsumir el supuesto del art. 13 del Reglamento CE 1/2003, para cuando una autoridad de competencia de otro Estado miembro ya estuviese tramitando el procedimiento contra el mismo acuerdo, decisión o práctica en virtud de los arts. 81 y 82 del Tratado.

El supuesto de suspensión del art. 42.5.c) debe completarse con los supuestos en los que la emisión del informe por un organismo público, aunque no esté prevista para estos procedimientos con carácter preceptivo y vinculante, se manifieste determinante para resolver dicho procedimiento.

Y, por último, en relación con el art. 42.5.d), no sólo debe poder acordarse la suspensión del procedimiento cuando las pruebas técnicas o análisis contradictorios sean propuestas por los interesados, sino también cuando el órgano administrativo acuerde las mismas «de oficio», siempre que justifique su necesidad.

Otra posibilidad es suprimir la remisión genérica al art. 42.5 y recoger en la futura ley todos los supuestos de suspensión y ampliación, de forma que, aunque pueda tomarse como base los previstos en la Ley 30/1992, se establezcan *ex novo* de forma coherente con las necesidades propias de estos procedimientos puestas de manifiesto a lo largo de estos años.

ii) Ampliación:

Por lo que se refiere a la ampliación del plazo, y en consonancia con las críticas efectuadas a una revisión genérica al art. 42.6 de la Ley 30/1992, consideramos que supuestos como la aparición de nuevos interesados, planteamiento de cuestiones de confidencialidad (*ex art. 53 LDC*) en una fase avanzada del expediente, aportación por los interesados de documentación posterior extremadamente voluminosa o espe-

cial complejidad del expediente deberían poder permitir la ampliación del plazo como supuesto específico, siempre, eso sí, que se justificara dicha necesidad de forma muy motivada y ello no causara perjuicio de difícil reparación a tercero u otros interesados.

En conclusión, proponemos, con carácter general, un plazo más breve de duración de este procedimiento, pero siempre que se regule la posibilidad de suspender o ampliar el mismo en los supuestos en los que la práctica de estos años ha demostrado su justificación.

La previsión aparente de supuestos de suspensión y ampliación, mediante remisiones genéricas a la Ley 30/1992, que no permiten subsumir las necesidades reales en la previsión legal, conlleva a la ineficacia de la actuación administrativa, que acaba prescindiendo de informaciones esenciales de terceros o de pruebas pertinentes y necesarias acordadas de oficio para evitar la inexorable caducidad del procedimiento ante la imposibilidad, en estos casos, de suspender el plazo de resolución.

Y acudir, para remediar esta situación, a prever plazos generales excesivamente largos para paliar la imposibilidad, en la práctica, de utilizar las teóricas facultades de suspensión y ampliación no parece la solución más acorde con los principios que deben regir la actuación administrativa. De ahí la necesidad de que la futura ley recoja de una manera u otra las propuestas que realizamos en este apartado.

c) *La supresión de un sistema de autoridad dual por el de una única autoridad independiente de defensa de la competencia debe permitir la desaparición del sistema de recursos internos de los actos del sdc (instructor) ante el TDC (resolutor) contemplado en los arts. 47 y 49 LDC.*

Y ello no quiere decir que determinados actos de trámite (distintos de la resolución final), que realmente decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, no puedan ser recurridos, pues el recurso contra estos actos estaría justificado en su condición de «actos de trámite cualificados», en términos análogos a la previsión genérica establecida en el art. 107.1 de la Ley 30/1992. Y, por tanto, si en el sistema de autoridad única se configura la misma como organismo público, de los previstos en la Disposición Adicional décima de la Ley 6/1997 (LOFAGE)¹⁷, y se prevé que sus actos ponen fin a la vía administrativa, dichos actos de trámite cualificados podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición ante la propia autoridad de defensa de la competencia o en vía contencioso-administrativa. Y dicho recurso no determinará la suspensión de toda posible actividad de la Administración en el procedimiento, pues la sus-

¹⁷ Entre los que se incluyen, Consejo de Estado, Banco de España, AEAT, Consejo Económico y Social, CNMV, Consejo de Seguridad Nuclear, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

pensión de la ejecución del acto impugnado se regirá por las reglas generales¹⁸.

d) *Debería suprimirse la precisión de un plazo de caducidad a añadir a la duración máxima de la fase ante el órgano resolutor, que actualmente contempla el art. 56.2 in fine para la fase ante el TDC en consonancia a lo expuesto al respecto al tratar la deficiencias de la regulación actual.*

e) *Por último, y aunque exceda el contenido propio de esta ponencia relativa a las pautas para un procedimiento más eficaz, considero conveniente hacer referencia a la cuestión relativa a la previsión del art. 36.1 LDC de que «el procedimiento se inicia de oficio o a instancia de parte interesada», y ello porque esta cuestión está íntimamente ligada a la naturaleza que se atribuye a estos procedimientos y a los efectos que produce el transcurso del plazo máximo previsto para los mismos.*

Existen deficiencias tanto en la correspondencia de las rúbricas de los preceptos con su contenido, como de coherencia en el contenido de los preceptos.

Analizaremos ambas cuestiones:

El art. 36 abre la Sección 10 del Capítulo I del Título III. El citado Título III figura bajo la rúbrica «El procedimiento». Su Capítulo I, «Del procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas y autorizadas», y la Sección 1.^a del mismo, «Del procedimiento ante el SDC».

De ahí que el art. 36, con el que se abre la citada Sección, al llevar como rúbrica «Iniciación del procedimiento» (de forma genérica), debería referirse tanto a la iniciación del procedimiento en materia de acuerdos, prácticas prohibidas como en la relativa a las autorizadas.

Sin embargo, el contenido del art. 36 pone de manifiesto que se está refiriendo exclusivamente a los acuerdos y prácticas prohibidas, pero no a las autorizadas, cuya iniciación se regula en el art. 38 al señalar que «el procedimiento para autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a las que se refiere el art. 3 se iniciará a instancia de parte interesada». Luego la «iniciación del procedimiento» debería especificar que se refiere a la «iniciación en materia de prácticas prohibidas».

Por otra parte, la redacción del art. 36 es confusa y poco precisa. No se entiende bien si hace una distinción entre «iniciación del procedimiento» e «iniciación del expediente sancionador» o si se está refiriendo a lo mismo con ambos términos (y ello en relación con la redacción de los apartados 1, 3 y 7 del citado precepto). Y decimos esto porque como el art. 36.1 dice que el procedimiento se inicia «de oficio o a instancia de

¹⁸ Art. 111 de la Ley 30/1992, caso de recurso en vía administrativa, y 129 y ss. de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

parte interesada», si el término «iniciación del procedimiento» lo equipara a «iniciación del expediente sancionador», estaría diciendo que «el procedimiento sancionador se inicia de oficio o a instancia de parte interesada». Y esta concepción sería equivocada, porque los procedimientos sancionadores, por su naturaleza, son procedimientos «de oficio», pues la denuncia (provenga o no de persona perjudicada por la conducta del denunciado —al ser la denuncia pública *ex. art. 36.1, segundo párrafo, LDC*—) no desvirtúa esa naturaleza de procedimiento de oficio, conforme la regla general de los arts. 69 y 44.2 de la Ley 30/1992 y 11.1 del RD 1398/1993, que no debe ser objeto de excepción en estos procedimientos si la LDC los califica de «sancionadores».

El art. 11.1 del RD 1398/1993, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone que los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente¹⁹.

De otra forma no tendría sentido la previsión del art. 56 de la misma Ley, de que el transcurso del plazo máximo previsto para cada fase, sin haber elevado el SDC el informe propuesta o sin haber dictado y notificado el TDC la resolución final, determine la caducidad, pues si consideramos que el procedimiento se inicia «a instancia de parte interesada», la falta de resolución en plazo determinaría que la petición se entendiera «estimada o desestimada», por aplicación de las reglas del silencio administrativo de los arts. 43 y 44 de la Ley 30/1992.

El hecho de que tras una denuncia (de cualquier persona, interesada o no) se desencadene la actuación del SDC, en los términos del art. 36.3 LDC, a efectos de «proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador», no quiere decir que el procedimiento-expediente sancionador se haya iniciado a instancias de parte, pues dicha información reservada no forma parte, propiamente, del procedimiento-expediente sancionador, cuyo acto de iniciación formal es posterior (art. 36.3 LDC, en consonancia con la regla general del art. 69.2 de la Ley 30/1992, y art. 12 del RD 1398/1993)²⁰.

¹⁹ El art. 69.1 de la Ley 30/1992 dispone: «Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia». El art. 44, relativo a los procedimientos iniciados de oficio, incluye en su apartado 2 a los «procedimientos en los que la Administración ejerce potestades sancionadoras, o, en general, de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables». El art. del RD 1398/1993, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone que «los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia».

²⁰ El art. 69.2 de la Ley 30/1992 dispone que, «con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento». En el mismo sentido, el art. 12 del RD 1398/1993 establece que, con anterioridad a la iniciación del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen tal iniciación.

De hecho, para el cómputo del plazo máximo del procedimiento a efectos de la caducidad, el *dies a quo* no es el día en el que se inician las diligencias previas, sino el día en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento (art. 56.1 LDC, en consonancia con el art. 44.2 de la Ley 30/1992).

Por tanto, si la futura ley considera que los procedimientos que se inician en materia de acuerdos y prácticas prohibidas son procedimientos sancionadores, debe decirse que «se inician de oficio» y no «de oficio o a instancia de parte interesada».

No desconocemos que la resolución de estos procedimientos contemplada en el art. 46 LDC es una resolución compleja, en la que se declara la existencia de práctica prohibida o abuso de posición dominante, y no sólo puede prever la imposición de multas, sino también la orden de cesación de las mismas, imposición de condiciones u obligaciones al respecto y la orden de remoción de efectos. Puede, incluso, declarar la ilicitud de la conducta y no imponer sanción económica.

Pero, incluso teniendo esto en cuenta, no se puede negar que en dichos procedimientos la Administración ejercita facultades de intervención y disciplina del mercado (en los términos del art. 44.2 de la Ley 30/1992), para garantizar la libre competencia que se ve amenazada o dañada por la práctica prohibida, lo cual permite justificar su naturaleza como procedimiento de oficio.

2. PROCEDIMIENTO QUE CONCLUYE CON ACUERDO DE SOBRESEIMIENTO

A. SITUACIÓN ACTUAL CON LA LDC

En el sistema vigente, el acuerdo de sobreseimiento lo adopta el SDC, sin perjuicio de que pueda recurrirse el mismo ante el TDC. Es decir, una vez que el SDC ha instruido el expediente o ha realizado la instrucción necesaria en los términos descritos en el apartado 1.A.a) de esta ponencia (arts. 36 y 37 LDC), si considera que no se ha acreditado la existencia de práctica prohibida, redacta la propuesta de sobreseimiento que se notifica a los interesados para que efectúen alegaciones en el plazo de diez días, tras los cuales, puede acordar el sobreseimiento del expediente con archivo de actuaciones (art. 37.4). Y dicho acuerdo es susceptible de recurso en los arts. 47 y 48 LDC²¹, que regulan con carácter general los recursos ante el TDC contra los actos del SDC.

La tramitación del mismo, que regula el art. 48, es la siguiente:

²¹ Se trata de un acto del SDC que determina la imposibilidad de continuación del procedimiento en los términos del art. 47.

- Interposición del recurso ante el TDC.
- El TDC ordena al SDC que le remita el expediente con su informe en el plazo de cinco días.
- Recibido el expediente con el informe se pone de manifiesto a los interesados, otorgándoles plazo de alegaciones por quince días, en el que pueden presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.
- Resolución del TDC, previéndose en el citado art. 48 *in fine* que «el plazo máximo para dictar y notificar resolución no podrá exceder de doce meses desde la fecha de la interposición».

Dicha resolución es susceptible de recurso contencioso-administrativo conforme al art. 49 LDC y Disposición Adicional cuarta, 3, de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Si el TDC estima el recurso, el art. 56.1, segundo párrafo LDC²² prevé que el TDC remita las actuaciones al SDC, el cual dispone de un plazo máximo de seis meses, a contar desde la notificación de la resolución del TDC, para practicar la instrucción complementaria necesaria para realizar el informe-propuesta y elevar el mismo a TDC, para dar comienzo a la fase ante el mismo.

B. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA

El sistema actual lleva consigo una redundancia de trámites que alarga innecesariamente el pronunciamiento final del TDC sobre el sobreseimiento. Y ello porque, en la práctica, casi la totalidad de los acuerdos de sobreseimiento adoptados por el SDC son recurridos ante el TDC, lo cual implica que el TDC acaba pronunciándose siempre al respecto.

Y decimos que este sistema lleva consigo redundancia de trámites porque el SDC, antes de acordar el sobreseimiento, ha dado traslado de su propuesta sobre el mismo a los interesados para que formulen alegaciones por plazo de días, y, por ello, el que nada más interponer ante el TDC su recurso contra el acuerdo del SDC se vuelva a otorgar a los interesados plazo de alegaciones con puesta de manifiesto del expediente antes de la resolución por el TDC resulta innecesario y se compadece mal con un procedimiento eficaz.

Tampoco está justificado este sistema por una mayor protección de los derechos de los interesados, pues, en puridad, la información que en la práctica acaba teniendo el TDC a la hora de resolver el recurso no difiere de la que dispuso el SDC al acordar el archivo²³.

²² Párrafo introducido por el art. 84.1 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²³ Ver M. FERNÁNDEZ-ARAGONCILLO, «La duración del procedimiento. Caducidad y prescripción», *op. cit.*, pp. 435-436.

Y, en cualquier caso, de mantenerse este sistema de recurso, al igual que lo señalamos para el resto de los supuestos de recursos internos contemplados en la LDC, la previsión del art. 48, de que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso no puede exceder de doce meses desde la fecha de la interposición, es imprecisa, y ello porque la expresión «no puede exceder de doce meses, sólo especifica el plazo en el que el TDC debe dictar y notificar la resolución, pero no cuál es el efecto de la falta de resolución en dicho plazo, es decir, si debe entenderse estimado o desestimado.

C. PROPUESTA DE REFORMA

Consecuentemente con las deficiencias expuestas, en un sistema de autoridad única, el órgano instructor no debería adoptar el acuerdo de sobreseimiento y archivo recurrible ante el órgano resolutor.

El instructor debería redactar, previa audiencia de los interesados, la propuesta de sobreseimiento y elevar la misma al órgano resolutor, que será el que acuerde, en su caso, el mismo.

Es decir, el acuerdo de sobreseimiento debería ser adoptado por el resolutor a propuesta del instructor. Con ello se evitaría el recurso interno, se agilizaría el procedimiento sin verse minoradas la garantías de los interesados, como hemos expuesto al analizar las deficiencias del sistema.

LOS EFECTOS UNILATERALES EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL ASUNTO ORACLE/PEOPLESOFT

Javier RUIZ CALZADO *

Abogado en Latham & Watkins, Bruselas

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2004, las dos autoridades de competencia más importantes del mundo se opusieron a la macro-operación de compra de PeopleSoft Inc. por Oracle Corp., que unía a dos de los tres gigantes mundiales en el mercado del *software* de gestión para grandes organizaciones y empresas multinacionales¹, acercándose seriamente al líder del mercado, la empresa alemana SAP². A pesar de no superarle en cuota de mercado, la operación despertó gran preocupación tanto en Washington como en Bruselas desde el punto de vista de su impacto sobre la competencia. Para poder llevarla adelante, Oracle tuvo que hacer frente no sólo a la legítima defensa de PeopleSoft contra la OPA hostil, sino también a la dura ofensiva desplegada por el Departamento de Justicia estadounidense (DOJ) y la Comisión Europea en paralelo, que colaboraron entre sí en todo momento en su intento por bloquear la operación, con el incondicional apoyo de PeopleSoft. Tras un año y medio de controversias y litigios a ambos lados del Atlántico, a las que consagró un gran esfuerzo y muchos medios, Oracle consiguió refutar los pretendidos efectos anti-competitivos y obtener luz verde en las principales jurisdicciones del

* En estrecha colaboración con Petra Nemeckova, abogado en Latham & Watkins Bruselas, sin cuya inestimable asistencia este artículo no hubiese visto la luz.

¹ Aplicaciones informáticas para la coordinación y planeamiento de, entre otros, los recursos financieros y humanos de las grandes multinacionales y sus relaciones con clientes.

² Según las estimaciones de la Comisión en la Decisión de 26 de octubre de 2004 (Asunto núm. COMP/M.3216 —Oracle/Peoplesoft—) «la Decisión», a nivel mundial, la cuota de mercado conjunta de las empresas fusionadas fue del 28 por 100 en el mercado de aplicaciones de recursos financieros (FMS) y de 46 por 100 en el de gestión de recursos humanos (HRS). Por otro lado, las cuotas en ambos mercados de SAP fueron 51 y 40 por 100, respectivamente (ver Tabla 1, p. 47 de la Decisión).

mundo³. A finales de diciembre de 2004 pudo finalmente culminar su adquisición.

El DOJ y la Comisión Europea intentaron prohibir la transacción utilizando lo que se conoce en el control previo de concentraciones como la doctrina de los efectos unilaterales. En el examen prospectivo de una operación, tratándose de una concentración horizontal⁴, la cuota de mercado del ente resultante es un parámetro muy relevante (sobre todo si es muy elevada); pero no lo resuelve todo. En muchas ocasiones, salvo cuando la cuota de mercado destaca con claridad sobre las restantes, la operación y su impacto sobre la competencia se examinan a través de teorías de daño competencial, tales como las doctrinas de los efectos coordinados y de los efectos unilaterales (o no coordinados). Una concentración horizontal puede comportar efectos coordinados, si conduce a una situación donde las empresas que permanecen en el mercado acaban coordinando de forma expresa o tácita su comportamiento, absteniéndose de competir en materia de precios y/o cuotas de mercado. Los denominados efectos unilaterales —o no coordinados— constituyen otro posible resultado anticompetitivo de una concentración; pueden darse en ausencia de toda coordinación de comportamiento de las empresas; en particular cuando la empresa resultante de la fusión tiene el poder de, unilateralmente, incrementar el precio de su producto respecto a la situación previa a la concentración, debido a que la operación produce la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes.

En el asunto Oracle/Peoplesoft es interesante señalar que la Comisión Europea intentó aplicar la doctrina de los efectos unilaterales al caso a pesar de ser más que dudoso que tuviera competencia para hacerlo bajo el nuevo Reglamento. Mucho se ha debatido sobre cuál debe ser el test a aplicar en el control previo de concentraciones y, más concretamente, sobre cuáles son los efectos derivados de la operación que deben examinarse o qué efectos se consideran anticompetitivos de manera a justificar una prohibición. Hasta hace bien poco, por imperativos del texto legislativo aplicable, lo que se examinaba en la Unión Europea (UE) a la hora de decidir si prohibir una concentración era bien distinto de lo que ocupaba a las autoridades de otras jurisdicciones como los Estados Unidos de América (EUA). En este lado del Atlántico, bajo el *test* de compatibilidad con el mercado común, lo que importaba era si había sólidas razones para considerar que la concentración comportaría la creación de una posición

³ Latham & Watkins representó a Oracle en el juicio en San Francisco en que el DOJ no logró probar sus tesis contrarias a la operación. También asesoró a Oracle en la coordinación necesaria de su defensa en ambos lados del Atlántico.

⁴ Una concentración horizontal es aquella en que las empresas que se concentran son competidores directos o potenciales respecto de un mismo producto o servicio, a diferencia de las concentraciones verticales y de tipo conglomeral.

dominante o su reforzamiento, de resultas de la cual la competencia efectiva sería obstaculizada de forma significativa en el mercado común⁵. Ello exigía de la Comisión que toda prohibición se fundase en la previa constatación de que se iba a crear o reforzar una posición dominante, un cambio en la estructura de la competencia tal que permitiría al ente resultante comportarse en el mercado con independencia de sus competidores, clientes o usuarios. Por su parte, en los EUA la creación o reforzamiento de dominancia en el mercado nunca ha sido un requisito para una eventual prohibición, ni, por tanto, un elemento decisivo en el estudio analítico de los efectos de toda operación notificada; lo exigido es la demostración ante un juez por parte de la autoridad de competencia (bien sea la Comisión Federal de Comercio —FTC—, o el DOJ) de que la concentración conducirá a una disminución sustancial de la competencia (*Substantial Lessening of Competition*, el denominado SLC test), con independencia de la teoría de daño a la competencia para llevar a cabo tal demostración. En la práctica, ello significa que, en cada ocasión, la autoridad americana, para evaluar si el impacto de la operación es anticompetitivo, puede examinar los efectos coordinados y no coordinados de la operación.

En Europa, ya bajo el test del anterior Reglamento, los efectos coordinados de una operación podían considerarse y, en su caso, justificar una prohibición. Así lo entendió la Comisión y lo confirmó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) al considerar que, a pesar de no recogerse en el texto del Reglamento la dominancia, característica del test de compatibilidad con el mercado común, podía ser individual, o bien darse colectivamente, es decir, entre varias empresas, de forma expresa o tácitamente coordinada⁶. Sin embargo, lo que parecía ciertamente improbable es que la Comisión tuviese jurisdicción para prohibir, bajo el test de la dominancia del antiguo art. 2 del Reglamento, concentraciones con efectos anticompetitivos según la doctrina de los efectos unilaterales; es decir, situaciones donde los economistas identifican un impacto negativo para la competencia en ausencia de riesgo de coordinación y a pesar de que el resultado de la concentración no sería la creación o reforzamiento de una dominancia (ni de forma individual ni de forma

⁵ Es decir, se requerían dos condiciones para poder prohibir una operación. En este sentido, Ver las siguientes Sentencias del Tribunal de Primera Instancia: de 19 de mayo de 1994, *Air France c. Comisión* (T-2/93, 1994, *Rec.*, p. II-323, apartado 79); de 27 de noviembre de 1997, *Kaysersberg c. Comisión* (T-290/94, 1997, *Rec.*, p. II-2137, apartado 184); de 25 de marzo de 1999, *Gencor c. Comisión* (T-102/96, 1999, *Rec.*, p. II-753, apartados 170, 180 y 193); de 6 de junio de 2002 *Airtours c. Comisión*, (T-342/99, 2002, *Rec.*, p. II-2585, apartado 58); de 22 de octubre 2002, *Schneider Electric c. Comisión* (T-310/01, 2002, *Rec.*, p. II-4071, apartados 321 y 380); de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval I* (T-5/02, *DO* 2003/C 19/64, apartados 120, 146 y 153); y de 30 de septiembre 2003, *ARD c. Comisión* (T-158/00, 2003, *Rec.*, II-3825, apartado 130). Recientemente, esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la Sentencia de 15 de febrero 2005, *Tetra Laval II*, (C-12/03 P, *DO* 2005/C 82/02, apartados 43 y 44).

⁶ Ver Sentencia de 31 de marzo de 1998, *Francia c. Comisión* (*Kali & Salz*) (C-68/94 y C-30/95, 1998, *Rec.*, p. I-1375). Ver también T-102/96, *Gencor c. Comisión*, T-342/99, *Airtours c. Comisión* (referencias *supra* 5).

colectiva) en el mercado relevante del modo en que ello se entiende normalmente en Derecho de la competencia. Dada la lejanía de tales supuestos con el tenor literal del art. 2 y la ausencia de precedentes de aplicación clara de tal doctrina, todo parece indicar que los efectos unilaterales no cabían en el anterior reglamento y que, en consecuencia, cabía considerar que existía una laguna en el sistema de control de concentraciones comunitario del Reglamento anterior (4064/1989), dando por descontado que su objeto fundamental era, precisamente, detectar e impedir las concentraciones anticompetitivas en general. Como se demostró en el caso Oracle/PeopleSoft, objeto de este artículo, la Comisión Europea o algunos de sus agentes parecen haber estimado, sin embargo, que tal laguna no existía y que bajo el antiguo test cabía examinar, y en su caso prohibir, una operación aplicando la teoría de los efectos unilaterales.

Sea como fuere, el debate sobre la eventual laguna y sobre la necesidad de adaptar el test en la UE para colmarla y para ahondar la convergencia en el modo en que ambas jurisdicciones tratan una operación de dimensión global es ya historia tras la adopción del nuevo régimen comunitario de control de concentraciones⁷. Desde el 1 de mayo de 2004, la UE ha abandonado el test de dominancia como único instrumento de evaluación y ha adoptado como criterio único un test más amplio, la obstaculización significativa de la competencia efectiva (el denominado test OSCE o SIEC en inglés, «*Significantly Impede Effective Competition*»)⁸.

La Comisión tiene, pues, un nuevo instrumento para controlar las concentraciones anticompetitivas que debería dar mucho más juego a la Comisión, permitiéndole sin duda el estudio de los efectos unilaterales⁹, pero la experiencia reciente de uno de los asuntos del año en 2004, donde aplicó por adelantado el nuevo test, apunta a que demostrar los efectos unilaterales, en la práctica, no será en absoluto sencillo. Los avatares del Departamento de Justicia de los EUA y de la Comisión Europea en el escrutinio de los efectos sobre la competencia de la concentración Oracle/PeopleSoft lo demuestran con creces. El examen por las autoridades *antitrust* de esta operación merece ser estudiado para entender mejor la

⁷ El nuevo régimen de concentraciones viene recogido en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO 2004/L 24/1 («nuevo Reglamento»). Este Reglamento deroga al Reglamento (CEE) núm. 4064/1989, del Consejo de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO 1989/L 395 y 1990/L 257/13, con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) núm. 1310/1997 del Consejo, de 30 de junio, DO 1997/L 180/1.

⁸ Según los funcionarios de DG COMP y el ex comisario Mario Monti, resulta más importante definir claramente el enfoque analista del control de concentraciones, con un claro énfasis en el examen económico, y liberarse de las formalidades que obstaculizan un control efectivo y eficiente, antes que entrar en largas discusiones acerca de la preferencia del test de dominancia comunitario o el de «reducción sustancial de competencia» estadounidense. Ver discurso de M. MONTI, «Merger Control in the European Union: a Radical Reform», de 7 de noviembre de 2002 (IBA Conference on Merger Control, Bruselas).

⁹ La interpretación del legislador comunitario de este nuevo test en el control de concentraciones de la UE viene recogido en el considerando 25 del Preámbulo del nuevo Reglamento.

complejidad de la tarea. Este artículo describe las dificultades que caracterizaron el infructuoso intento por parte del DOJ de probar el impacto anticompetitivo de la operación basándose en los efectos unilaterales y la, a su vez fallida, tentativa inicial de los servicios de la Comisión Europea de hacer lo propio, y de intentar demostrar al tiempo —y de forma *in extremis*— que no había laguna alguna bajo el anterior Reglamento de concentraciones.

2. EFECTOS COORDINADOS Y EFECTOS UNILATERALES EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

Las dos técnicas hoy más usadas en el control previo de concentraciones para intentar predecir si la operación tendrá efectos anticompetitivos son el estudio de los efectos coordinados y de los efectos unilaterales previsibles¹⁰.

A. EFECTOS COORDINADOS (Y POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA)

Una operación que incremente la concentración en un mercado con un reducido número de competidores puede conducir a una situación de coordinación tácita, donde se da una especie de acuerdo tácito entre las empresas que componen el mercado (la empresa resultante y sus competidoras) de no competir efectivamente entre sí, sino al contrario, alinear su comportamiento respectivo, incrementar los precios y rehusar toda guerra de precios. Las empresas en esta situación reconocen su respectiva interacción competitiva y ajustan en consecuencia su modo de competir¹¹.

¹⁰ Las autoridades norteamericanas tradicionalmente analizan la operación bajo los dos prismas, para cerciorarse de que bajo ninguno de ellos se plantean problemas. Desde hace algún tiempo la Comisión Europea aplica también ese método y, desde mayo de 2004, puede hacerlo claramente cubierta por el texto del reglamento de control de concentraciones. Ver la Decisión Oracle (referencia *supra* 2). En este sentido, ver también Decisión de la Comisión del 7 de enero 2004 (Asunto núm. COMP/M.2978, LaGardère/Natexis/Vup, DO 2003/C 5277 final, apartados 700-707).

¹¹ Según los modelos de Cournot y de Bertrand, basados en el equilibrio no-cooperativo de Nash, las empresas en esa situación no coordinan su comportamiento, sino que determinan sus variables de producción (Cournot) o de precio (Bertrand) dependiendo de sus expectativas acerca de sus competidores. El modelo de duopolio simple de Cournot se basa en hipótesis sobre la homogeneidad del producto, y en que las dos empresas que componen el mercado toman sus decisiones al mismo tiempo. El beneficio de cada una de las empresas depende de sus expectativas sobre la producción de la otra empresa. En otras palabras, la cantidad de producto que lanzará la empresa A en el mercado depende de la cantidad que la empresa A piensa que producirá la empresa B. El modelo alcanzará su punto de equilibrio cuando ambas empresas hayan correctamente asumido la cantidad que va a producir su competidor y hayan adaptado su producción respectivamente. De este modo, cada empresa produce la cantidad que maximiza su beneficio, dada la producción de sus rivales. Por otra parte, Bertrand explica un modelo similar al de Cournot, basándose, sin embargo, en la competencia de precios (no de cantidades de producción). Ver S. BISHOP y M. WALKER, *The economics of EC Competition Law*, 2002, p. 271; R. S. PINDYCK y D. L. RUBINFELD, *Microeconomics*, 2001, pp. 424-460.

En control previo de concentraciones, este modo de examinar potenciales efectos anticompetitivos ha sido utilizado en numerosas ocasiones. En la UE, la Comisión ha venido apoyándose en él para sustentar la tesis de que una determinada operación debía ser prohibida porque la consecuencia sería la creación o reforzamiento de una posición dominante colectiva¹². El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas definió en el Asunto Airtours¹³ las tres condiciones que han de cumplirse para que pueda la Comisión prohibir una operación por crearse una posición dominante colectiva, es decir, en base a los efectos coordinados¹⁴: a) la transparencia en el mercado debe permitir a las empresas coordinarse entre sí y debe permitirles ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de coordinación; b) es necesario un mecanismo de disuasión creíble que pueda activarse en caso de detectarse una desviación de la coordinación tácita; y c) los resultados esperados de la coordinación deben estar al abrigo de reacciones efectivas de los competidores actuales o futuros que no participen en ella, de los clientes y de los consumidores. Estos requisitos figuran ahora en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales¹⁵. Sin que exista una lista de parámetros a aplicar en cada caso para determinar si tales condiciones se dan (se requiere por supuesto un examen caso por caso), sí cabe subrayar la importancia de un nivel elevado de transparencia en el mercado y de la homogeneidad del producto o servicio de que se trate.

¹² En Estados Unidos, la doctrina de los efectos coordinados viene recogida en la Sección 2.1 de las Directrices de concentraciones horizontales publicadas por el DOJ y la FTC. Estas Directrices citan dos condiciones que han de tenerse en cuenta en particular: a) que las características del mercado sean prósperas a la coordinación, y b) que a su vez existan mecanismos de detección de desviaciones de la coordinación y de sanción a estas desviaciones. Entre la jurisprudencia relevante que establece e interpreta el análisis de efectos coordinados destacan las Sentencias FTC c. Elders Grain (868 F2d 901, 905); Hospital Corp of Am. (807 F2d at 1386-1387); Brooke Group Ltd c. Brown & Williamson Tobacco Corp. (509 US 209, 238).

¹³ T-342/99, Airtours c. Comisión (referencia *supra* 5).

¹⁴ Antes, en el apartado 61 de la Sentencia Airtours (referencia *supra* 5), el Tribunal había ofrecido una definición de posición dominante colectiva cubierta por el anterior Reglamento: «Por consiguiente, puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y, por tanto, preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del art. 81 CE (ver, en este sentido, la Sentencia Gencor c. Comisión, antes citada, apartado 277), y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo».

B. EFECTOS UNILATERALES (O NO COORDINADOS)

a) *El concepto*

Los economistas consideran que en determinadas circunstancias, generalmente en mercados caracterizados por la coexistencia de productos diferenciados (y, por tanto, de una cierta competencia localizada), el análisis tradicional de las cuotas de mercado resultantes de la concentración puede no ser idóneo para indicar posibles efectos anticompetitivos resultantes de la fusión, como consecuencia de que las empresas concentradas ofrecen productos que compiten más entre sí que con los producidos por los otros operadores del mercado¹⁶. Los efectos unilaterales consisten en la tendencia de la empresa resultante de la fusión a incrementar el precio de sus productos sólo por el hecho de que la concentración elimina relaciones de competencia directa entre las empresas fusionadas, aun si en el mercado existen otras empresas que continúan siendo competidores independientes¹⁷.

La doctrina de los efectos unilaterales en mercados con productos diferenciados se basa en el presupuesto de competencia localizada y no en la evidencia o riesgo de actual o futura dominancia de una o varias empresas colectivamente en el mercado. La noción de competencia localizada se vincula a la demostración de la existencia de un nodo de consumidores cuya primera y segunda elección son precisamente los productos

¹⁵ Párrafo 41 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004/C 31/03).

¹⁶ Sin embargo, los economistas están de acuerdo en qué los efectos unilaterales pueden darse también en mercados donde los productos son homogéneos. Un ejemplo sería la situación caracterizada por una empresa que domina el mercado, a gran distancia de un grupo de pequeños competidores. En esta situación, la empresa dominante tendría una ventaja de coste significativa sobre sus competidores, y sería capaz, por lo tanto, de restringir su producción unilateralmente y obtener así un precio por encima del coste marginal. Lo mismo puede ocurrir si las empresas se diferencian entre sí por sus capacidades, en situaciones donde las dos empresas que se fusionan son, a su vez, las únicas que tienen sobrada capacidad, mientras que la capacidad de las otras empresas activas en el mercado relevante es limitada (en el sentido en que estas empresas no pueden incrementar su producción en respuesta de la subida de precios por parte de las empresas fusionadas).

¹⁷ Otro supuesto en el que pueden darse los efectos unilaterales son los mercados de pujas o subastas (*bidding markets*), es decir, mercados donde un número limitado de empresas compiten por un contrato normalmente importante en términos económicos, con una empresa que no licita normalmente ese tipo de contratos. El análisis económico en estos mercados consiste en examinar hasta qué punto la presencia de la empresa B en el concurso o en la subasta influye en la manera de competir (presentar la oferta) de la empresa A. Si se logra demostrar que otras empresas limitan el modo de actuar de la empresa A de la misma manera (o aún más) que la empresa con la que fusiona, no hay riesgo de efectos unilaterales. La Comisión razonó así la aprobación de la concentración en su Decisión de 17 de octubre de 2001 (Asunto núm. COMP/M.2537, Philips/Marconi Medical Systems), apartados 31-40. La Comisión consideró en esta Decisión que la operación notificada no eliminaba competidores prójimos y que los consumidores podían cambiar fácilmente de distribuidor.

de las empresas fusionadas y cuya posibilidad de reposicionarse en otro producto de una tercera empresa presente en el mercado sea reducida¹⁸. El elemento característico es un espacio de producto definido por las características de uno o varios productos existentes en él, que sólo ellos reúnen y así lo perciben los consumidores o clientes. El ejemplo clásico es el de los cereales para el desayuno: un número determinado de consumidores prefieren claramente que sus cereales por la mañana no tengan azúcar, sean muy crujientes y ricos en fibras. En ese caso, dentro del mercado más amplio de los cereales para el desayuno se configura un espacio o nodo en el que sólo están presentes los productores que comercializan cereales crujientes, sin azúcar y ricos en fibras. Lo que preocupa en la doctrina de los efectos unilaterales es que como consecuencia de la concentración sólo exista un vendedor en ese nodo, capaz, por tanto, de reducir la oferta y subir los precios unilateralmente¹⁹.

Los efectos unilaterales examinados en el caso Oracle/PeopleSoft corresponden a una situación de mercado con productos diferenciados. Los productos diferenciados se definen como sustitutos imperfectos que presentan distintas características que atraen de manera diferente a los consumidores. Como recordó el Juez Walker en su Sentencia, son cuatro los factores que deben darse para que entre en juego la doctrina de los efectos unilaterales en mercados con productos diferenciados²⁰: en primer lugar, los productos controlados por las empresas que se van a fusionar deben ser diferenciados de los productos de las otras empresas presentes en el mercado (más ampliamente considerado). En segundo lugar, dichos productos han de ser entre sí sustitutos próximos. Esto ocurre si un número sustancial de consumidores del producto de una de las empresas cambiaría al producto de la otra empresa si la primera decidiera incrementar su precio. En otras palabras, es necesario que una significativa cuota de ventas en el mercado la representen consumidores cuya primera y segunda elección sean precisamente los productos de las empresas que se van a fusionar, creando así un área (o nodo) de competencia localiza-

¹⁸ Según BISHOP y WALKER, el paso más importante al evaluar si la concentración reducirá la competencia a través de efectos unilaterales consiste en demostrar precisamente esa proximidad (o nodo localizado de competencia) entre las empresas que se fusionan. En un mercado con productos diferenciados, si una empresa (empresa A) incrementa el precio de su producto por encima del precio del mercado, posiblemente venderá menos cantidad de producto pero no perderá todas sus ventas tal y como ocurriría en mercados homogéneos. Sin embargo, si la empresa A se fusiona con otra empresa con productos casi substitutivos (empresa B), la parte de pérdidas ocasionadas por la subida de precio de A serán compensadas por beneficios de ventas de B, puesto que los consumidores tenderán en este caso a comprar su producto a B. Lo mismo ocurriría recíprocamente con la empresa B y, de esta manera, la fusión conlleva a una subida unilateral de precios, rentable para las empresas fusionadas. Ver BISHOP y WALKER, *op. cit.*, p.263-267, (referencia *supra* 11).

¹⁹ Ver testimonio del Profesor Campbell en el juicio. Sentencia DOJ c. Oracle Corporation (US District Court, Northern District of California, Case núm. C 04-0807-VRW), p. 152. Ver también Sentencia New York c. Kraft Gen. Foods (926 F. Supp. 321, 346-47, SDNY 1995).

²⁰ Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), p. 36, citando a P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP y J. L. SOLOW, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 1998, edición revisada, pp. 68-69.

da. Tercero, los productos de las demás empresas han de ser lo suficientemente diferentes (o diferenciados) en relación con los productos controlados por las empresas que se van a fusionar, de tal manera que un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio²¹ resultaría beneficioso para la empresa resultante de la fusión. Y, en cuarto lugar, las empresas que no forman parte de la fusión se deben mostrar incapaces de reposicionar sus líneas de producción para hacer frente a la pérdida de competencia ocasionada por la transacción. Es decir, ha de ser improbable que las demás empresas introduzcan productos lo suficientemente similares a los productos controlados por las empresas que se van a fusionar como para contrarrestar el poder de mercado creado por la fusión.

b) *La regulación de los efectos unilaterales*

Tanto en la jurisdicción estadounidense como comunitaria, los efectos unilaterales y su apreciación en el control previo de concentraciones figuran actualmente en las Directrices publicadas por las autoridades de competencia respectivas.

En los Estados Unidos, la doctrina de los efectos unilaterales viene expresamente incluida en las Líneas Directrices de las Concentraciones Horizontales publicadas en 1992 y revisadas en 1997 por el DOJ y la FTC. Estas Directrices encuentran su base legal en la Sección 7 del *Clayton Act*. Según las Directrices, «una concentración puede disminuir la competencia (...) puesto que las empresas fusionadas pueden estimar que resultaría beneficioso alterar su comportamiento unilateralmente aumentando precios o reduciendo la producción tras la operación de fusión»²².

En la Unión Europea, y abstracción hecha del debate sobre el posible *gap* o laguna del sistema bajo el anterior test²³, lo cierto es que hoy por

²¹ *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* (SSNIP test).

²² «A merger may diminish competition (...), because merging firms may find it profitable to alter their behaviour unilaterally following the acquisition by elevating price and suppressing output». Ver Sección 2.2, titulada «*Lessening of Competition through Unilateral Effects*», que examina tanto el escenario de empresas distinguidas por productos diferenciados (Sección 2.2.1) como el de empresas distinguidas primordialmente por su capacidad.

²³ Conviene detenerse brevemente en esta ahora ya desfasada discusión, pero que tuvo gran relevancia incluso en el Asunto Oracle/Peoplesoft. El primer Reglamento de concentraciones enfocó el problema de los cambios negativos en la estructura del mercado debido a una operación de fusión únicamente desde una perspectiva de reforzamiento de la posición dominante. Según el art. 2.3 de este Reglamento: «Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». A pesar de ello, la Comisión ha intentado aplicar el concepto de efectos unilaterales bajo el antiguo Reglamento en algunas ocasiones. Una primera «tentativa fallida» parece haberse dado en el caso *Airtours* (referencia *supra* 5), donde de forma ambigua la Comisión parece incluir los efectos unilaterales en su análisis, al decir en el apartado 54 de la Decisión de la Comisión de 22 de septiembre 1999 (Asunto núm. IV/M.1524. *Airtours/First Choice*, DO 2000/L 93/1) que no era necesaria la coordinación tácita, es decir, los efectos coordinados, para demostrar el reforzamiento de la posi-

hoy la posibilidad de acudir a la doctrina de los efectos unilaterales aparece reconocida expresamente en el considerando 25 del Preámbulo del nuevo Reglamento del control de concentraciones:

«(...) en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia (...). 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»²⁴.

ción dominante colectiva resultante de la operación. Según el apartado 54, es suficiente para la dominancia colectiva el que las empresas actúen, individualmente, de manera que reduzcan sustancialmente la competencia entre ellas, y que resulte en un comportamiento con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y los consumidores. Párr. 54 de la Decisión de Airtours: «... It is sufficient that the merger makes it rational for the oligopolists, in adapting themselves to market conditions, to act –individually– in ways which will substantially reduce competition between them, and as result of which they may act, to an appreciable extent, independently of competitors, customers and consumers». A pesar de la confusa intención de la Comisión a este respecto, el Tribunal de Primera Instancia se inclinó por hacer abstracción de este punto 54 y decidió interpretar exclusivamente los efectos coordinados, dejando la cuestión de los efectos unilaterales planteada por los demandantes sin zanjar (ver segundo motivo de la Sentencia Airtours). En el caso Oracle/Peoplesoft, la Comisión nos dió el más claro ejemplo de un inequívoco intento de aplicar los efectos unilaterales bajo el primer Reglamento de concentraciones tal y como demuestra sobre todo el pliego de cargos de 17 noviembre 2003 (Asunto núm. COMP/M.3216. Oracle/Peoplesoft). Respecto a esta problemática, la doctrina se muestra dividida. Algunas voces (y la Comisión misma) argumentan que los efectos unilaterales ya cabían bajo el primer Reglamento de concentraciones; otros autores señalan, por otra parte, que la ausencia de regulación de los efectos unilaterales produce una laguna en el Derecho de la competencia comunitario. Ver E. GONZÁLEZ-DÍAZ «The Reform of European Merger Control: *Quid Novi Sub Sole?*», *World Competition*, 2004, pp. 186-188.; M. G. EGGE, M. F. BAY y J. RUIZ CALZADO, «The New EC Merger Regulation: A Move to Convergence», 2004, *Antitrust*, pp. 37-42; A. NIKPAY y F. HOUWEN, «Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on the Airtours Judgment», *ECLR*, 5, 2003, pp. 193-202; A. WHELAN, «The Recast Merger Regulation, The “Substantive Test” and the “Gap”, A Legislative History», IBA Competition Conference, 2004. En cualquier caso, de acuerdo con los principios administrativos de prudencia y buena gestión, la Comisión inició una reforma del control de concentraciones que abocó en la adopción del nuevo Reglamento del control de concentraciones y sus correspondientes normas de desarrollo.

²⁴ Ver el texto completo del considerando 25: «Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia. Sin embargo, los Tribunales comunitarios no han interpretado expresamente, hasta ahora, que el Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 requiera que las concentraciones que dan lugar a estos efectos no coordinados sean declaradas incompatibles con el mercado común. Así pues, y en aras de la seguridad

Esta última frase del considerando aporta ciertamente dudas acerca de cuál es realmente el alcance de la doctrina de los efectos unilaterales que cabe aplicar bajo el nuevo test en la Comunidad Europea²⁵. Las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, publicadas por la Comisión Europea en febrero de 2004, son más ilustrativas en cuanto al papel de los efectos unilaterales en el control de concentraciones comunitario. Las Directrices anuncian una lista no exhaustiva de factores relevantes al evaluar la probabilidad de que una concentración dé lugar a importantes efectos unilaterales. Así, entre otros, es relevante el hecho de que las empresas que van a fusionarse tengan elevadas cuotas de mercado y sean competidores inmediatos; el que las posibilidades de los clientes para cambiar de proveedor sean escasas, y el que la entidad fusionada esté en condiciones de impedir la expansión de sus competidores. No es necesario que todos estos factores se cumplan cumulativamente. Estas Directrices parecen reconocer más flexibilidad a la hora de analizar los efectos unilaterales mientras que las Directrices estadounidenses citan de una manera más explícita tres presupuestos de hecho cumulativos para la ocurrencia de efectos unilaterales: diferenciación de producto, proximidad de los productos de las empresas que van a fusionarse (nodo localizado de competencia), e imposibilidad de los rivales de reemplazar la pérdida de competencia (a través de la reposición de sus líneas de producto). Por lo demás, el examen analítico que ha de llevarse a cabo para la difícil prueba de los efectos unilaterales no difiere significativamente entre los Estados Unidos y la Unión Europea.

En cualquier caso, como es lógico, serán sobre todo la jurisprudencia y la práctica decisoria de la Comisión las que ilustren el alcance y los límites en la aplicación de los efectos unilaterales en el control de concentraciones, sobre todo como doctrina justificativa de una prohibición. Basta con señalar, de momento, que hasta hoy ninguna decisión de la Comisión ha declarado incompatible con el mercado común una concen-

jurídica, debería aclararse que este Reglamento permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer que toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debería declararse incompatible con el mercado común. 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».

²⁵ Parece que esta frase fue incluida por petición expresa de alguna de las delegaciones de Estados miembros que se resistieron hasta el final a cambiar el test de la dominancia. El compromiso fue la inclusión de esa frase de difícil interpretación. Ciertamente queda claro el objetivo de impedir que la Comisión se considere legitimada para desarrollar cualquier tipo de teoría del daño competitivo para prohibir una concentración distinta de las existentes en el momento de promulgar el nuevo Reglamento. Todo parece indicar, sin embargo, que la Comisión no se verá limitada *de facto* por esta frase y aplicará la teoría de daños competitivos que estime conveniente, por supuesto bajo el último control de los Tribunales de la UE en Luxemburgo. Ver también V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 2004, p. 351; F. E. GONZÁLEZ DÍAZ, *The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?*, *op. cit.* (referencia *supra* 23).

tración en base a efectos unilaterales²⁶, ni ninguna sentencia judicial se manifiesta al respecto²⁷.

3. LA OPA DE ORACLE SOBRE PEOPLESOFT Y SU ESCRUTINIO BAJO EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LOS EUA Y LA UE

A. LA OPERACIÓN, EL PRODUCTO Y LOS MERCADOS

La operación examinada es la concentración que se iba a producir si se consumaba la OPA hostil lanzada por Oracle sobre PeopleSoft, su acérrimo rival, el 6 de junio de 2003. Obviamente, fue notificada a las autoridades *antitrust* de los EUA y a la Comisión Europea, entre otras.

Ambas empresas fabrican y venden programas de aplicaciones informáticas (*Enterprise Application Software*, EAS) utilizados por las grandes multinacionales para coordinar algunas de las funciones críticas de toda empresa: planificación e información financiera, recursos humanos, relaciones con los clientes y gestión de la cadena de suministros. Sus clientes son, pues, grandes empresas y administraciones con una estructura organizativa compleja, que buscan soluciones sofisticadas e integrales, diseñadas o por lo menos sensiblemente ajustadas a su perfil y necesidades específicas. El producto se puede vender en paquetes, compuestos de distintos pilares que corresponden a servicios distintos. La manera de competir viene influenciada por el proceso de presentación y oferta del producto al cliente, quien entabla negociaciones en paralelo con dos o más proveedores antes de decidirse por uno de ellos, el que tiene la mejor oferta desde su punto de vista. En este sistema de competición dinámica, la empresa que ha alcanzado la fase final de negociación sin ser retenida no llega a conocer la oferta ganadora de su competidor. No existe el nivel de homogeneidad de los productos ni de transparencia sobre precios y productos requerida para que se den los denominados efectos coordinados.

En el caso Oracle/Peoplesoft destacan por su importancia los productos de software de gestión de recursos humanos (*Human Resources Soft-*

²⁶ Cabe destacar que tampoco en los Estados Unidos se ha bloqueado jamás una concentración exclusivamente a causa de los efectos unilaterales. Ver T. J. BURTON, «Unilateral Effects Analysis In Assessing Anti-Competitive Mergers: The Judicially Approved New Approach To Challenging Mergers», *Saint Louis University Law Journal*, 1481, 1999, 43.

²⁷ A nivel de la UE, no hay jurisprudencia aplicable en la materia. Si bien el demandante en el Asunto Airtours (referencia *supra* 5) invitó al Tribunal a pronunciarse respecto de la aplicabilidad de los efectos unilaterales bajo el anterior Reglamento, los jueces de Luxemburgo no consideraron necesario tratar dicho argumento: consideraron que la Decisión no versaba sobre efectos unilaterales, sino sobre coordinados (posición dominante colectiva) y no tuvieron que responder al argumento del demandante al anular la decisión por errónea aplicación al caso de la doctrina de los efectos coordinados.

ware, HRS) y de *software* de gestión de recursos financieros (*Financial Management Systems*, FMS).

B. LA POSTURA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA AMERICANA Y EUROPEA: ¿DEFINICIÓN DEL MERCADO O EXÁMEN COMPETITIVO?

El DOJ alegó ante todo que en el mercado restringido a productos de HRM y FMS de alta funcionalidad, comercializados en los EUA solamente, Oracle, PeopleSoft y la filial americana de SAP (SAP America) competían efectivamente entre sí. De esta manera, gracias a la concentración entre Oracle y PeopleSoft, se pasaría de un oligopolio ya de por sí concentrado a un duopolio entre SAP America y la empresa resultante de la fusión²⁸. La Comisión también circunscribió el mercado a los productos ofrecidos por las tres empresas y temió por la creación de un duopolio, pero geográficamente reconoció que el mercado era mundial y no limitado a Europa o EUA²⁹. Tanto el DOJ como la Comisión insistieron en la característica de «alta funcionalidad» que diferenciaba a las soluciones complejas y capaces de servir a grandes empresas de aquellas aplicaciones que respondían más bien a necesidades del mercado de empresas medianas (*mid-market*). Ambas autoridades argumentaron que sólo existían tres competidores en el mercado: SAP, Oracle y PeopleSoft, únicos supuestamente capaces de proveer el producto altamente sofisticado que requieren las grandes empresas y administraciones). Los productos ofrecidos por sus inmediatos competidores pertenecían a otro mercado, menos sofisticado e importante (*mid-market*) en el que los tres estarían también presentes con productos distintos propios de este mercado.

La existencia o no de ese mercado claramente *high function* distinto al *mid market* fue objeto de una de las controversias principales en este asunto, puesto que si estaba claro que SAP, Oracle y PeopleSoft ofrecen productos que responden a las complejas necesidades de las grandes multinacionales e instituciones y administraciones, se discutió en profundidad si hay además otros actores o empresas que ofrecen soluciones alternativas y substitutivas. Una de las claves del asunto fue, en efecto, ¿cómo distinguir lo que estos operadores ofrecen de lo que ofrecen sus inmediatos perseguidores?, ¿son éstos productos substitutivos de los primeros?,

²⁸ Ver Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), pp. 16-17.

²⁹ Además, a diferencia del DOJ, la Comisión se propuso investigar el efecto potencial de la transacción en el mercado de bases de datos relacionales. Los sistemas de gestión de datos de bases relacionales (*Relational database management system*) son programas informáticos que almacenan y gestionan datos en cuadros relacionales y transfieren estos datos a las aplicaciones destinadas a los usuarios finales. En este mercado, Oracle mantiene una presencia fuerte junto a otros competidores como IBM o Microsoft. Además, el *software* HRM y FMS de Oracle es sólo compatible con la base de datos de Oracle (lo que obliga al cliente de Oracle adquirir ambos productos) mientras que los *softwares* de PeopleSoft y de SAP son compatibles con las todas las bases de datos.

¿quiénes son, pues, los operadores que compiten en este pretendido mercado de la alta funcionalidad?, ¿estaba la noción de alta funcionalidad generalmente aceptada en la industria? Oracle sostuvo que la distinción entre los productos de alta funcionalidad y el *mid-market* es artificial y que en realidad hay sólo un mercado para HRM y FMS, en el que compiten otros muchos operadores junto a SAP, Oracle y PeopleSoft ³⁰.

C. LA DECISIÓN DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE OPONERSE Y DE PROBAR EN JUICIO EL CARÁCTER ANTICOMPETITIVO DE LA OPERACIÓN Y LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN BRUSELAS

Al concluir su investigación en profundidad, que le llevó siete meses, el DOJ decidió que la operación no debía prosperar y llevó Oracle a juicio con el fin de bloquearla ³¹. El Gobierno alegaba violación de la Sección 7 del *Clayton Act*, que prohíbe concentraciones susceptibles de aminorar substancialmente la competencia en el mercado relevante o con tendencia a crear monopolio («*mergers that are likely to substantially lessen competition, or to tend to create a monopoly*»).

En paralelo, en Europa, donde la operación había sido notificada en octubre de 2003, el procedimiento había ya alcanzado la fase II ante la Comisión para examinar la operación en profundidad ³². En diciembre de 2003, la Comisión envió a las partes una solicitud de información en virtud del art. 11 del Reglamento ³³, que interrumpió el procedimiento durante tres meses. En marzo de 2004, la Comisión volvió a solicitar información *ex art. 11* a las partes, lo que produjo una segunda interrupción del procedimiento. Al no responder Oracle de forma plena a esta demanda de información (relativa a los proveedores con quien considera compitió en la licitación de los contratos) y al no decidir la Comisión reiniciar el procedimiento, éste quedó en una situación de suspensión *de*

³⁰ Lawson y Microsoft entre otros, además de las soluciones *best-of-breed* y de *outsourcing*.

³¹ En los EUA es únicamente el juez quien tiene la competencia para prohibir una concentración. En el sistema estadounidense del control de concentraciones, las empresas que se van a fusionar y cuya envergadura económica supere un cierto límite tienen la obligación de notificar previamente la operación a las autoridades de defensa de la competencia del país: el DOJ o la Comisión Federal del Comercio (*Federal Trade Commission*, FTC). Estas autoridades investigan la operación en cuestión. Si estiman que la concentración podría reducir substancialmente la competencia (test SLC), el DOJ o la FTC iniciarán un proceso judicial con el objeto de bloquear dicha operación. En el proceso judicial, la autoridad de competencia actúa como demandante frente a la parte defensora (con carácter general, las empresas que se van a fusionar). De esta manera, el DOJ (o la FTC, en su caso) pasa de ser la autoridad instructora a una parte procesal (y a la que se aplica por consiguiente el principio de igualdad de partes).

³² Ver Comunicado de prensa IP/03/1556, de 17 de noviembre 2003.

³³ Según el art. 11(1) del Reglamento de concentraciones (referencia *supra* 7): «*Para el cumplimiento de las tareas que le atribuye el presente Reglamento, la Comisión podrá recabar toda la información que considere necesaria de los Gobiernos y autoridades competentes de los Estados miembros, de las personas contempladas en la letra b) del apartado 1 del art. 3, así como de las empresas y asociaciones de empresas*». Este texto apenas varió en el nuevo Reglamento.

facto, que se prolongó hasta el mes de octubre 2004 en que se reanudó. Entre tanto, el juicio en los Estados Unidos había tenido lugar y el Juez Walker había dictado sentencia a favor de Oracle. Como se refleja en su Decisión final, la Comisión se basó en gran medida en pruebas importantes que salieron a la luz en el curso del juicio en San Francisco y que fueron claves para comprender quién está verdaderamente presente y cómo se compete en este mercado ³⁴.

D. EL JUICIO Y LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DISTRITO DEL NORTE DE CALIFORNIA

Durante el *discovery* salieron en efecto a la luz del día importantes documentos indicativos de que la lucha por los más sofisticados clientes no era sólo cosa de tres ³⁵, que debilitaron sustancialmente la defensa del Departamento de Justicia. A ello se sumó el carácter poco convincente de los testimonios de los testigos aportados por el DOJ en apoyo de sus tesis sobre el mercado relevante ³⁶. El Departamento de Justicia argumentó, de forma confusa, que dentro del foco localizado de competencia se encuentran solamente PeopleSoft y Oracle y que el tercer operador en el mercado, SAP, no forma parte del nodo. Oracle sostuvo que éste no era el tipo de caso en el que la doctrina de los efectos unilaterales pudiera aplicarse, destacando, entre otras razones, el hecho de que en el nodo de competencia en cuestión el cliente tiene mucho poder de reacción; es un comprador sofisticado, altamente cualificado y muy bien asesorado, con capacidad sobrada de contrarrestar toda tentativa de sobreprecio ³⁷.

³⁴ No fue evidente, en efecto, conseguir la información adecuada para comprender el funcionamiento del mercado durante el breve tiempo previsto para completar la fase II en el procedimiento comunitario de control de concentraciones. La mucho más completa recopilación de información que caracteriza el proceso judicial en EUA, en comparación con el procedimiento administrativo comunitario, pudo estar en el origen de la decisión de la Comisión de esperar al desarrollo del «*discovery*» durante el procedimiento ante el Tribunal californiano. El «*discovery*» es una fase del proceso judicial contradictorio estadounidense durante la cual la parte contraria puede pedir que la otra parte, así como terceras partes, proporcionen en juicio todos los documentos que puedan tener alguna relevancia en el caso. En la Unión Europea carecemos de tal instrumento. Con el fin de obtener resultados similares, las partes pueden únicamente pedir a la Comisión que formule una solicitud de información de acuerdo con el art. 11 del Reglamento de control de concentraciones, pero la decisión de enviar tal cuestionario depende absolutamente de la discreción de la Comisión, así como, en su caso, el alcance y tenor del mismo. Además, las consecuencias por no cooperar debidamente en esa instrucción son mucho más graves en los EUA que en la UE.

³⁵ Entre los que destacan los planes de Microsoft de entrar en el mercado de *softwares* de aplicación para la gestión también de grandes empresas.

³⁶ Los testimonios de ejecutivos de PeopleSoft y de otras empresas activas en la industria como Microsoft, y de los de representantes de algunos de los grandes clientes no apoyaron verdaderamente las tesis del DOJ, según el Juez Walker.

³⁷ Se trata de las más grandes multinacionales (IBM, Daimler, Verizon, etc.) e instituciones (incluido el propio Departamento de Justicia del Gobierno de los EUA) que obviamente emplean mucho tiempo y dinero en las negociaciones, en las que llevan la batuta, entre otras cosas porque son contratos que sólo negocian cada equis años, cuando sienten la necesidad de dar un salto cualitativo en sus sistemas, por lo que pueden incluso decidir no actualizarlos hasta más adelante si las negociaciones no se presentan interesantes para ellos.

El Juez Walker consideró que el DOJ no había probado la existencia de un nodo o área de competencia localizada reservada a los productos de las empresas que se concentran, algo que consideró fundamental de todo asunto de efectos unilaterales. El DOJ no pudo probar que un número importante de clientes consideran que Oracle y PeopleSoft son su primera y segunda opción a la hora de adquirir los productos. Según el Juez, la noción de alta funcionalidad no estaba generalmente aceptada en la industria y las aplicaciones destinadas a grandes clientes eran las mismas que aquellas vendidas a clientes medianos³⁸. En cuanto al modelo del Profesor McAfee, sobre el que DOJ se había basado, consideró que la regresión demostraba que PeopleSoft y Oracle eran competidores feroces entre sí, hecho jamás discutido por Oracle, pero estimó que no fue capaz de probar en qué medida y con qué ferocidad SAP compite con ambos rivales norteamericanos³⁹. Cabe destacar en este punto el énfasis que el Tribunal americano pone en la necesidad de un examen económico riguroso, detallado y moderno para demostrar los efectos unilaterales de la concentración. *La ausencia de tal examen conlleva a la revocación de la demanda a favor de la parte demandada y a permitir la operación en cuestión*⁴⁰.

En cuanto a los efectos coordinados, que curiosamente también fueron invocados por el DOJ, el Juez Walker desestimó rotundamente la prueba de una posible existencia de dichos efectos en la concentración de Oracle con PeopleSoft. Cabe recordar que uno de los fundamentales presupuestos para la ocurrencia de los efectos coordinados, tanto en la jurisprudencia americana como comunitaria son: *a)* homogeneidad de productos, y *b)* transparencia de precios⁴¹. Ante todo, el Juez Walker subrayó que los propios demandantes se contradicen, ya que argumentaron en su definición del mercado relevante que los productos no eran homogéneos ni los precios transparentes, debido al particular mecanismo de elección del producto y su correspondiente precio propuesto individualmente y en secreto a cada cliente⁴².

³⁸ Como la carga de la prueba está del lado de los demandantes, la Sentencia se limita a fallar que los demandantes no fueron capaces de convencer con evidencia suficiente acerca de su definición del mercado.

³⁹ Por ello, en palabras del Juez, no fue necesario examinar si el ente resultante de la concentración podría aplicar precios monopolísticos en dicho nodo o si, por el contrario, cualquier intento de hacerlo provocaría un reposicionamiento por parte de SAP o Lawson de manera a limitar o contrarrestar toda tentativa de ejercicio de poder de mercado. Ver Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), p. 156.

⁴⁰ La parte demandada, Oracle, sostuvo que los demandantes no lograron demostrar basándose en modelos econométricos sus tesis, invocando la relevancia de dichas demostraciones econométricas en los asuntos precedentes relativos a efectos unilaterales. Ver las Sentencias estadounidenses *New York c. Kraft Gen Foods, Inc.*, 926 F Supp 321, 333-35 (referencia *supra* 19) y *FTC c. Swedish Match*, 131 F Supp 2d 151, 156 (D DC 2000).

⁴¹ Además de otros criterios tales como barreras de entradas elevadas, demanda estable o cuotas de mercado estables.

⁴² Aun así, el Departamento de Justicia intentó argumentar la ocurrencia de efectos coordinados basándose en un posible reparto de consumidores o mercados («*market or customer allocation*»). De esta manera, Oracle tendría preponderancia en los sectores de telecomunicaciones y de alta tecnología, mientras que SAP dominaría la industria del gas e hidrocarburo.

E. LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

Como era de esperar dado el sentido de la decisión final de la Comisión, autorizar la operación, adoptada el 26 de octubre de 2004, su texto y razonamiento dista mucho del empleado en el pliego de cargos en que, claramente si bien sólo provisionalmente, se inclinaba por bloquear la operación. Destaca sobre todo el análisis pormenorizado de los posibles efectos unilaterales de la operación desplegado en el pliego de cargos, apenas mencionados en la decisión final.

Conviene subrayar el hecho de que, curiosamente, la definición del mercado propuesta en el pliego de cargos permanece intacta en la decisión final. La Comisión sigue considerando que hay un mercado diferenciado de productos de alta funcionalidad, lo que cambia es el examen competitivo porque se incrementa el número de operadores. En efecto, tal y como refleja la Decisión final, los nuevos datos aportados durante la segunda fase (y posiblemente la influencia de la Sentencia del Tribunal californiano) llevaron a la conclusión de que no son exclusivamente Oracle, PeopleSoft y SAP las empresas presentes en este mercado, sino que hay otros actores importantes como Microsoft, Lawson y otros⁴³. Respecto al examen competitivo, en el pliego de cargos la Comisión había acompañado su análisis económico con un modelo econométrico muy sofisticado. Sin embargo, este modelo fue posteriormente revocado por la propia Comisión a la hora de dictar la Decisión. La Comisión justificó su cambio de postura en la necesaria reconsideración de las premisas sobre las que había desarrollado su modelo en lo que al número de operadores en el mercado relevante se refiere. Debido a la aportación de nuevos datos emanantes del procedimiento en los Estados Unidos, indicando claramente que el club de proveedores de los productos de alta funcionalidad no está reducido a tres, sino que puede tener dos o tres operadores más, la simulación del modelo del pliego de cargos dejó de ser válida. Además, debido a las informaciones obtenidas en el juicio en San Francisco, la Comisión se vio obligada a reconocer en la Decisión que: *a)* el comportamiento de Oracle no varía dependiendo de si compete con SAP o con otros competidores; y que *b)* el comportamiento de Oracle no cambia en ofertas lanzadas junto a muchos o bien junto a unos pocos competidores. Procedió, por tanto, considerar un mercado más amplio (incluyendo la presencia de Microsoft, entre otros) y descartar el resultado del modelo econométrico en que basó el pliego de cargos. Sin duda también influyó en su decisión el visto bueno del Tribunal de California.

⁴³ En contraste, en la Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), el Juez Walker considera que la definición de mercado del Departamento de Justicia excluye infundadamente a otras empresas (Microsoft, Lawson, AMS), las soluciones de *best-of-breed* o de *outsourcing*. Ver también *supra* 30.

4. REFLEXIONES FINALES

La concentración Oracle/PeopleSoft y la forma en que fue examinada por las autoridades *antitrust* americana y comunitaria invita por lo menos a dos tipos de consideraciones de carácter general, relativas, por un lado, a la utilización de la doctrina de los efectos unilaterales en el examen del impacto de la operación sobre la competencia y, por el otro, a las dificultades que se generan a la hora de obtener las autorizaciones debidas por las diversas autoridades competentes en el control previo de las concentraciones realmente globales o planetarias.

A. INTERROGANTES Y DUDAS SOBRE LOS EFECTOS UNILATERALES

Ejemplos como el de los infructuosos intentos del DOJ y de la Comisión Europea por prohibir la concentración Oracle/PeopleSoft ponen de manifiesto con crudeza el riesgo que existe de que las autoridades de control *antitrust*, incluso las más sofisticadas, se equivoquen en su apreciación de los efectos de una concentración sobre la competencia a pesar de desplegar todos los medios de que disponen. Conviene subrayar aquí que el DOJ consideró públicamente que este asunto y su intento de probar el carácter anticompetitivo de la operación constituyó una de sus prioridades de 2004, desde el punto de vista del trato de casos particulares⁴⁴. Y, sin embargo, merece ser destacado el tono contundente y claro con el que el Juez Walker desacredita en su Sentencia las tesis del DOJ y concluye en una ausencia total de prueba de los pretendidos efectos unilaterales como probables efectos de esta concentración.

En cuanto a la actuación de la Comisión Europea, es también sorprendente la naturalidad con la que en su Decisión se explica que sus tesis iniciales —desplegadas en el pliego de cargos— y su sofisticado modelo econométrico deben ser abandonados debido a un error en las asunciones de partida, en las premisas en cuanto al número y tipo de proveedores de estos productos en el mercado. Obviamente, es de celebrar que la constatación de un error en las premisas lleve al cuestionamiento de las tesis originales. Pero preocupa e invita a la reflexión sobre la suficiencia del sistema comunitario de obtención de información, incluso una vez en fase II, el que los datos que a la postre han marcado el cambio de rumbo no hayan podido ser obtenidos, ni siquiera de manera aproximada o parcial, con los medios al alcance de la Comisión en virtud del art. 11 del Reglamento de concentraciones. Quizás haya algo que falla en nuestro sistema de examen en profundidad de las concentraciones, cuando sólo la

⁴⁴ Así lo dijo H. Pate, Director de la oficina responsable de la política *antitrust* en el DOJ, en su discurso en el *Spring Meeting* de la ABA en marzo de 2004, antes del inicio del juicio en San Francisco.

co-existencia de un examen más en profundidad realizado en paralelo en otro lugar —en este caso por un juez americano— envía la señal adecuada a la Comisión de que debe corregir el tiro y autorizar, cuando lleva ya cuatro meses trabajando a fondo y cree, ciertamente sólo de forma provisional, haber comprendido que hay razones para prohibir la operación.

Este asunto enseña igualmente que persisten algunos interrogantes importantes sobre el modo en que debe ser entendida y aplicada la doctrina de los efectos unilaterales. Una lectura comparativa de la Sentencia del Juez Walker y de los documentos relevantes en el procedimiento en Bruselas (pliego de cargos y Decisión) pone de manifiesto serias ambigüedades sobre por lo menos tres cuestiones de importancia: *a)* ¿cabe sostener, respecto de una operación determinada, que generará los dos tipos de efectos anticompetitivos de forma cumulativa, es decir, por un lado, efectos coordinados y, por el otro, efectos no coordinados? *b)* ¿en qué momento del examen debe considerarse la constatación del nodo de competencia —que caracteriza los efectos unilaterales— en el que sólo existen los productos de las partes que se concentran, a exclusión de los substitutos menos próximos que ofrecen sus competidores?, y *c)* ¿cabe aplicar la doctrina de los efectos unilaterales en situaciones donde el cliente del producto tiene poder de reacción para contrarrestar cualquier tentativa de incrementar, unilateralmente, los precios?

A la primera cuestión tanto la Comisión Europea como el DOJ parecen haber pretendido contestar afirmativamente en algún momento del procedimiento, aunque, en realidad, al final no han centrado sus posturas en esa tesis, por lo menos no de forma clara⁴⁵. Sin entrar a evaluar la dudosa lógica de un tal planteamiento —dadas las diametralmente opuestas condiciones que suelen caracterizar los mercados propicios a cada uno de los efectos en cuestión—, lo que sí puede afirmarse es que cualquier intento de demostrar los efectos unilaterales de una operación, de por sí ya difícil e incierto, deviene casi misión imposible si la autoridad en cuestión se empeña, además, en pretender demostrar el riesgo de coordinación en el interior del nodo de competencia identificado. En efecto, para ello deberá demostrar: *a)* que los productos son lo suficientemente homogéneos; *b)* que el nodo es lo suficientemente transparente en precios y comportamientos de sus miembros; y *c)* que ni los inmediatos competidores considerados excluidos del nodo, ni, en fin, los clientes, pueden reaccionar

⁴⁵ En los párrafos 210 al 269 del pliego de cargos, la Comisión describía cómo la concentración de Oracle y PeopleSoft facilitaría efectos unilaterales no sólo por la parte de las empresas fusionadas, sino también por parte del único competidor que quedaría dentro del mercado relevante, SAP. Ver pliego de cargos (referencia *supra* 23), Secciones 1.4, *Customers facing a situation of only one suitable supplier: the merged entity*, y 1.5, *Customers facing a situation of only one suitable supplier: SAP*. El hecho de señalar que SAP también tendría incentivos en incrementar el precio de su producto escapa de la teoría de los efectos unilaterales (interpretada en las Directrices estadounidenses y comunitarias) ya que ésta trata solamente el supuesto de que son las empresas que se van a fusionar las que incrementan el precio de manera unilateral. Ver también Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), p. 142.

para romper ese equilibrio anticompetitivo propio de las posiciones dominantes colectivas donde los efectos coordinados aparecen⁴⁶.

La segunda cuestión, en qué momento del examen debe considerarse la constatación del nodo de competencia, al definir el mercado o al efectuar el análisis competitivo (examen de los efectos sobre la competencia), es ciertamente de difícil respuesta⁴⁷. No parezca que tenga sentido fijarse en la existencia de un nodo sólo al efectuar ese examen, y no hacerlo ya desde el principio al intentar definir el mercado. Desde luego hacerlo sólo en la segunda parte del razonamiento lleva a profundas contradicciones y hace mucho menos creíble la refutación de aquellos que sostengan que los productos substitutivos de los competidores, excluidos inicialmente del nodo, son lo suficientemente próximos como para impedir cualquier subida de precios exitosa de manera unilateral. Pero tampoco sería satisfactorio el que la definición del mercado se erija en el punto clave del análisis competitivo de una concentración, máxime si se sigue aplicando el análisis clásico más limitado que el verdadero examen de la existencia u obtención de poder de mercado. Lo más lógico sería, probablemente, reconocer que, tratándose de examinar los posibles efectos unilaterales de una concentración de empresas con productos diferenciados, caracterizada esta doctrina por la necesidad de probar ese nodo, que conlleva un examen muy en profundidad (incluso con la ayuda de modelos econométricos), la definición de mercado relevante debería confundirse con el propio análisis competitivo o, lo que es lo mismo, ambos aspectos deberían hacerse en unidad de acto⁴⁸.

⁴⁶ Como ilustración de estas dificultades y de la ambigüedad que reina todavía respecto de esta doctrina, conviene destacar que si bien ambas autoridades sostuvieron tímidamente la coexistencia de efectos coordinados, abordaron el análisis de los efectos unilaterales desde posturas distintas y casi contradictorias entre sí. La Comisión intentó argumentar los efectos unilaterales en un mercado compuesto de dos competidores: Oracle/Peoplesoft y SAP. En contraste, la argumentación del Departamento de Justicia para demostrar los efectos unilaterales consistía, de acuerdo con las líneas directrices estadounidenses, en reducir el nodo localizado de competencia solamente a productos de Oracle o PeopleSoft, tratando de excluir a SAP del sub-mercado en el que la fusión resultaría en efectos unilaterales. Ver Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), pp. 142-143: «*Plaintiffs rest their theory of anticompetitive effects on an attempt to prove that Oracle y PeopleSoft are in a "localized" competition sphere (a "node") within the high function FMS and HRM market. This sphere does not include SAP or any other vendors, and a merger of Oracle and PeopleSoft would, therefore, adversely affect competition in this localized market*». Esta tesis, por otro lado ambiguamente sostenida por el DOJ, parece claramente apostar por la imposibilidad de aplicación cumulativa de los efectos unilaterales y coordinados a una misma operación.

⁴⁷ Como señaló el Juez Walker, si comparamos el análisis de los efectos unilaterales en mercados de productos diferenciados con el examen clásico de los efectos de la concentración (caracterizado por la definición del mercado relevante en primer lugar y análisis de efectos competitivos a continuación) encontramos que, si bien existen muchas similitudes, la principal distinción es que en el análisis de los efectos unilaterales el mercado relevante tiende a ser menor o más restringido y, a su vez, más difícil de definir. Este hecho repercute a la hora de demostrar dichos efectos, puesto que se exige un análisis económico muy preciso y sólido. Ver Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), p. 46.

⁴⁸ En efecto, una vez demostrado (probablemente con la ayuda de modelos econométricos) el nodo de competencia y la imposibilidad de otros competidores (que generalmente recaen dentro de la definición del mercado relevante) de reposicionarse en este sub-mercado, se habrá hecho a la

En cuanto a la tercera cuestión, todo parece indicar que, en efecto, cuando el cliente o consumidor aparece como una empresa de igual o mayor tamaño y sofisticación que las partes que se concentran, si el ente resultante no alcanza cuotas tales que se pueda presumir una posición dominante individual, será difícil encontrar una operación donde se produzcan efectos unilaterales anticompetitivos por mucho que la operación concentre el segundo y el tercero de los operadores, o incluso el primero y el tercero. En el caso Oracle/PeopleSoft bastaba con ponerse unos minutos a reflexionar sobre el tipo de contratos celebrados y sobre los nombres de la mayoría de los clientes que supuestamente formaban el nodo en cuestión (IBM, Daimler, Greyhound, Administración del Estado de Dakota), la importancia de tales firmas y su nivel de conocimientos y asesoramiento a la hora de enfrentarse a los supuestos responsables de las subidas de precios unilaterales, para comprender que algo no cuadraba en las tesis que tan fuertemente alarmaron a las autoridades de competencia.

En suma, este asunto indica claramente que el examen de los efectos unilaterales requiere un análisis muy riguroso y pormenorizado por parte de las autoridades del control de competencia, acompañado de estudios económicos y econométricos, así como de una tarea muy completa de recopilación de las informaciones empíricas pertinentes.

B. LA NECESARIA CONVERGENCIA ENTRE LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES

Los avatares por los que Oracle tuvo que pasar en el ámbito del control de concentraciones para poder culminar su OPA sobre PeopleSoft invitan a varias reflexiones. Quedó demostrado cuán importante es que las autoridades competentes en las distintas jurisdicciones del mundo desarrollen su trabajo en paralelo. Con independencia de las peculiaridades de cada jurisdicción, es necesario asegurarse que no va a ocurrir que una autoridad con acceso a una información incompleta —y, por tanto, con una comprensión menor o incompleta del mercado— adopte una decisión de prohibición de la concentración sin tener en cuenta la que adoptará de forma contemporánea otra autoridad con mayor o más completo acceso a las informaciones requeridas (por las razones que fuere: proximidad de las partes de la concentración con la jurisdicción en cuestión, disponibilidad de un sistema de obtención de información más potente y sofisticado, etc.). En este caso, afortunadamente se evitó tal situación porque la Comisión Europea fue sensible a esa disfunción del sistema, que genera una des-sincronización de los procedimientos a

vez la definición de mercado correcta y el examen competitivo que permita a la autoridad competente objetar la concentración en base a los efectos unilaterales. Por ello, no es de extrañar que, en el caso Oracle/PeopleSoft, el Juez Walker concluyese que el DOJ había errado tanto en la definición del mercado relevante como en el examen competitivo del impacto de la operación.

ambos lados del Atlántico. Por ello hay que aplaudir la decisión de facilitar, *de facto*, la sincronización de procedimientos en el tiempo, con lo que a la postre se evitó una situación de conflicto en el trato dado a una operación en los EUA y Europa, situación que, de producirse, hubiese sido todavía más grave que la que se generó cuando la Comisión decidió prohibir la compra por General Electric de Honeywell, a pesar de que Washington la había autorizado⁴⁹. En efecto, en este caso hubiese sido una discrepancia no ya entre autoridades de competencia, sino entre la autoridad que decide en Europa (la Comisión) y la que decide, en caso de prohibición, en los EUA (el juez).

Sin duda, la Sentencia del Juez Walker de los Estados Unidos tuvo un impacto en la Comisión Europea e influyó en su redacción de la Decisión. Pero ello no debe ni extrañar, ni ser visto como una injerencia indebida o desmesurada en la soberanía o jurisdicción de la Unión Europea en materia de control de concentraciones. Al contrario, sólo cabe ser interpretado como un ejercicio de sentido común y de buen hacer, tratándose de una decisión tan sólidamente argumentada que culmina un procedimiento extremadamente completo, en el que se examinaron con pleno detalle todos los elementos de prueba necesarios para comprender verdaderamente cómo funciona un mercado tan complejo y sofisticado como el objeto de la operación⁵⁰.

Con independencia de lo anterior, el hecho de que el estudio de este asunto por la Comisión se haya convertido en el procedimiento más largo de la historia del control de concentraciones en la Unión Europea, doce meses, debe hacer reflexionar sobre la necesidad de asegurar mayor convergencia en cuanto al concepto y funcionamiento de los sistemas de control previo de concentraciones existentes, por lo menos entre los sistemas de las principales jurisdicciones del mundo, que serán de aplicación (en los casos de fusiones de naturaleza global o planetaria).

⁴⁹ Ver Decisión del 3 de julio de 2001 (Asunto núm. COMP/M.2220, General Electric/Honeywell, DO 2004/L 48, p. 1-85), recurrida ante el Tribunal y pendiente de resolución (casos T-209/2001 y T-210/2001, Sentencia esperada en 2005).

⁵⁰ Por otro lado, el claro y tajante fallo del Juez Walker a favor de Oracle tras un mes de juicio (y varios meses de proceso judicial), con toneladas de nuevos elementos de prueba y testimonios, hubiese constituido un gran obstáculo a superar por la Comisión en caso de haber decidido seguir adelante con la prohibición. Además, la Comisión ha de estar muy segura y ser muy convincente a la hora de declarar una concentración incompatible con el mercado común, debido al control riguroso ejercido en los últimos años por parte del Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

LAS INDUSTRIAS CULTURALES ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA (Y VICEVERSA)

Carlos PADRÓS REIG

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Investigador grupo REDERCO
Universitat Autònoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN. *CULTURAL ECONOMICS* O LA ESPECIFICIDAD ECONÓMICA DE LA CULTURA

El análisis económico del sector cultural fue olvidado por los economistas puesto que éste constituía una parte del llamado trabajo no-productivo. A pesar de este primer enfoque, la economía de la cultura se ha abierto paso a lo largo de los años como demuestra el *survey* de THROSBY (1994) en el *Journal of Economic Literature*¹.

La cultura tiene una importante repercusión a nivel económico. Dos ejemplos pueden ser bastante ilustrativos. El Museo Guggenheim de Bilbao supuso la generación de un valor añadido de más de 144 millones de euros el primer año de funcionamiento (0,47 por 100 del PIB de la Comunidad Autónoma del País Vasco). Ha supuesto la creación de casi 4.000 empleos y ha supuesto ingresos tributarios para la Hacienda Pública vasca de 27 millones de euros.

En el mismo sentido, un estudio de la Universidad Politécnica de Cataluña revela que la organización del festival Doctor Music en Cataluña supuso una aportación económica a la comarca del Pallars Sobirà equivalente al 2,31 por 100 de su PIB.

¹ D. THROSBY «The production and consumption of the arts: a view of cultural economics», *Journal of Economic Literature*, núm. 33, 1994. De manera general ver D. THROSBY, *Economics and Culture*, Cambridge University Press, 2000; J. HEILBRUN y C. M. GRAY, *The economics of art and culture. An american perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993; A. PEACOCK e I. RIZZO, *Cultural Economics and Cultural Policies*, Dordrecht, Kluwer, 1994; R. TOWSE y A. KHAKEE, *Cultural Economics*, Berlin, Springer Verlag, 1992; B. S. FREY, *Arts & Economics: analysis & cultural policy*, Berlin, Springer Verlag, 2000; F. BENHAMOU, *L'Economie de la Culture*, Paris, Editions la Decouverte, 2000.

Además de estos ejemplos de externalidades positivas, la creación cultural puede afrontarse también desde una perspectiva industrial. De manera estimativa, puede considerarse que el consumo cultural supone cerca de un 4 por 100 del total del consumo privado, lo que revela su importancia cuantitativa en la cesta de la compra de las familias europeas.

La economía de la cultura se ha basado tradicionalmente en el análisis de manifestaciones culturales no comerciales (arte), mientras que las industrias culturales se han incluido dentro del ámbito de la economía industrial como si de un sector más se tratara.

Para ZALLO, *«hoy sigue habiendo una distancia fundamental entre las artes tradicionales y las industrias culturales. Las primeras son actividades no reproducibles, como las artes plásticas (pintura, escultura...) o el espectáculo en directo (teatro, danza, conciertos...) y se caracterizan —dada la imposibilidad de aplicación de modos de producción industriales— por unas formas de trabajo artesanales de producción estanca. En cambio, las industrias culturales se caracterizan por un tipo de producción cultural, la cultura de masas, y la aplicación de los principios de la organización del trabajo a la producción cultural. La esencia misma de la industria cultural es ser una actividad productiva valorizadora de un capital y, al mismo tiempo, producción que, para legitimarse socialmente, ha de ser o parecer necesariamente cultural, creativa y renovadora»*².

Las industrias culturales incluyen: las editoriales; la fonografía; el cine y la edición videográfica; los medios de comunicación como la prensa, la radio y la televisión; varias industrias sin un canal autónomo de distribución y difusión, como son la publicidad y la producción videográfica; las áreas tecnoculturales de la informática y electrónica, como la informática doméstica, redes cibernéticas de uso doméstico, así como determinados usos de Internet.

En definitiva, las industrias culturales pueden definirse por su capacidad de producción en serie de sus *items*, así como por la utilización del mercado como canal de comercialización de los mismos.

En tanto que actividades industriales, las industrias culturales deben cumplir los postulados económicos generales. Se trata de organizaciones que deben buscar la eficiencia económica en la asignación de recursos.

En este sentido, es pertinente la reflexión que efectúa GÓMEZ DE LA IGLESIA cuando afirma que *«existen básicamente dos vías para intentar conseguir esta eficiencia económica: por un lado, los mecanismos de mercado, en el que el precio es un indicador del valor que el producto o servicio tiene para el consumidor o usuario. Sin embargo, este mecanis-*

² R. ZALLO ELGEZABAL, «Política, sociedad, economía y cultura», AAVV, *Valor, precio y coste de la cultura*, Vitoria, Xabide, 1999.

mo parece no funcionar cuando hablamos de cultura ¿Es el valor un indicador de la predisposición al pago? ¿Precios más altos necesariamente indican una asignación de valor más elevada? Por otro lado, cuando faltan valores de mercado —en el caso cultural sólo existen en los sectores más industrializados y de mayor tradición del sector privado— es preciso deducir valores implícitos mediante los procesos de planificación de la oferta. Aquí la asignación de valor a la cultura por parte de las Administraciones Públicas juega un papel esencial en vistas no sólo a actuar como regulador del mercado, sino también para convertirse en proveedor de aquellos productos y servicios que cubran las necesidades no cubiertas por la iniciativa privada, y que se consideren estratégicos para el desarrollo equilibrado y cohesionado. Otra cuestión es si las Administraciones Públicas han de intervenir como promotores competitivos, con políticas de precios que corren el riesgo de distorsionar, no solamente la capacidad de la iniciativa privada de generar oferta autónoma, sino la propia percepción del valor de la oferta cultural»³.

La exploración del papel de la Administración Pública en la provisión de bienes y servicios culturales, a pesar de su crucial trascendencia, escapa a las modestas ambiciones de estas páginas. En cambio, queremos centrar nuestros esfuerzos en la capacidad de intervención mediante un instrumento fenomenal de disciplina del mercado como es la política de defensa de la competencia. No se trata, por tanto, de analizar el conjunto de mecanismos de intervención de que dispone el poder público en relación a las manifestaciones culturales, sino de examinar cuál es el tratamiento de las industrias culturales desde la perspectiva del Derecho de la competencia y sus instituciones.

Este análisis debe constatar que la economía de las industrias culturales presenta unas características diferenciales importantes. A modo de ilustración podemos destacar cinco aspectos:

— Los consumos culturales constituyen una excepción a la teoría económica de la utilidad marginal decreciente. Al revés, cuanto más cultura se consume, más se aprecia la misma y más necesidad hay de consumir más (*addictive goods*).

— La cultura necesita de inversiones a largo plazo, donde la rentabilidad y la amortización resultan de difícil contabilización.

— La cultura produce externalidades positivas difíciles de calcular. Las externalidades pueden presentarse tanto en forma general (*existence value*), puesto que la existencia de actividades culturales es beneficiosa para todos aunque no se disfrute directamente de las mismas; como por el hecho de poder elegir (*option value*); como por el efecto sobre generaciones futuras (*bequest value*).

³ R. GÓMEZ DE LA IGLESIA, «Reflexiones sobre el valor, el precio y el coste de la cultura», AAVV, *Valor, precio y coste de la cultura*, Vitoria, Xabide, 1999.

— El sector cultural presenta una fuerte dependencia de las ayudas públicas.

— La calidad de las manifestaciones culturales está sujeta a una fuerte asimetría, donde los ofertantes tienen información acerca de los productos que no disponen los consumidores. Muchas veces no sabemos con certeza la calidad de un libro o una película hasta que lo hemos consumido (bienes de experiencia)⁴.

Un estudio de la Fundación Ford datado en 1974 demuestra cómo el consumo cultural depende en gran medida del «capital cultural» heredado más que de la propia dinámica del sector (BENHAMOU, 2000). En este sentido, merece la pena destacar cómo el consumidor maximiza su beneficio no sólo con relación al sistema de precios, sino con relación a su posición inicial dentro del mercado. Así, el paradigma neoclásico de oferta y demanda se verá fuertemente distorsionado por factores pre-económicos:

TABLA I

PORCENTAJE DE PERSONAS QUE HAN ASISTIDO A UN ESPECTÁCULO DE DANZA EN EL TRANCURSO DEL AÑO

	<i>Educación superior</i>	<i>Educación elemental</i>	<i>Diferencia</i>
Capacidad económica elevada	14	4	10
Capacidad económica baja	12	2	10
Diferencia	2	2	0

Con este ejemplo se demostraría que el mercado en sí no es responsable de la calidad cultural de los productos. El mercado simplemente es un mecanismo de intercambio que responde a la demanda pre-existente. Si el consumidor demanda productos basura, el mercado se los ofrece. La cultura de masas y la comercialización industrial no reducen por sí mismas los niveles de calidad de las manifestaciones culturales. Lo que sí debe encomendarse al mercado es la garantía de la diversidad y la variedad de la oferta.

Sin embargo, el consumo cultural tampoco depende de manera exclusiva de la oferta que se pone a disposición del consumidor⁵. Así, si anali-

⁴ En este sentido, los premios literarios o la concesión de óscars a una película pueden ser determinantes del éxito comercial de la misma, pues suministran información —aunque muchas veces ni exacta ni neutra— al consumidor.

⁵ C. PADRÓS REIG y J. LÓPEZ-SINTAS, «Reflexions entorn la política catalana de foment de l'oferta cinematogràfica en llengua catalana», *Llengua i Dret*, 2005 (en prensa).

zamos las cifras de la asistencia de espectadores a salas de cine según la nacionalidad de la productora (Estadísticas Culturales de Cataluña, Gabinete Técnico del Departamento de Cultura, Media 1998-2002) resulta que las películas europeas tienen un índice de ocupación muy bajo:

TABLA 2
ÍNDICE DE PREFERENCIA Y OCUPACIÓN DE LAS SALAS DE CINE

<i>Nacionalidad productora</i>	<i>Cuota de pantalla (%)</i>	<i>Cuota de espectadores (%)</i>	<i>Indicador de preferencia</i>
Cataluña	5,8	3,6	0,62
España	14,3	9,1	0,64
UE	30,4	10,5	0,35
EEUU	41,2	69,4	1,68
Resto	8,2	7,3	0,89
Total	100,0	100,0	—

Aunque la serie estadística es muy corta, permite deducir que la escasa presencia del cine europeo en nuestras vidas no sólo es una consecuencia del poder de mercado de las grandes *majors* norteamericanas y de la debilidad del sistema de distribución comercial europeo, sino también una elección deliberada del consumidor: simple y llanamente nos gustan más las películas norteamericanas. Así, mientras que las películas europeas ofertadas suponen el 30,4 por 100 del total, sólo atraen al 10,5 por 100 de los espectadores. De hecho, los índices de preferencia sólo son favorables (superiores a 1) para las películas USA: con una presencia ofertada del 41,2 por 100 de las películas, atraen al 69,4 por 100 del público. En los demás casos se presenta una sub-ocupación de las salas en relación con la oferta.

En definitiva, conviene destacar cómo los mercados no pueden por ellos mismos efectuar nuestras decisiones culturales. Sí es importante, en cambio, mantener un marco institucional idóneo para la diversidad y la creación cultural y en ello el Derecho juega un papel nada desdeñable.

Otro aspecto que merece la pena destacar es el relativo a la substituidad entre consumos culturales. Si una persona decide realizar un consumo cultural, puede escoger entre ir al cine, al teatro o a un espectáculo de música. Se trata de ver si las varias manifestaciones culturales constituyen un único mercado relevante (muy importante a efectos del Derecho de la competencia) o si, por el contrario, hay una segmentación entre productos de cada sub-sector. En este segundo caso, la competencia se pro-

duciría solamente entre productos iguales, es decir, una película con respecto a otras o una obra de teatro con otra⁶.

El mismo aspecto puede analizarse desde el punto de vista de la complementariedad de la explotación económica de la creación cultural. Así, BENHAMOU demuestra cómo la película *Forrest Gump* (uno de los mayores éxitos cinematográficos de todos los tiempos) consiguió que se vendieran cerca de dos millones de ejemplares de la novela (las ventas no habían superado los 9.000 ejemplares antes de la película). Junto con la película y la novela, apareció también la banda sonora, que vendió millones de discos. Ésta es la llamada estrategia COPE: *Create Once, Place Everywhere*. Este ejemplo demuestra la interrelación entre los sub-productos culturales y la explotación económica, y pone de relieve, desde el punto de vista de la oferta, la comunicación entre mercados relevantes en materia cultural.

Finalmente, se puede destacar la escasa elasticidad del precio de ciertos productos culturales. Así, un estudio realizado con el Museo de Bellas Artes de Boston en 1974 demuestra que un incremento del 100 por 100 del precio de la entrada supuso una disminución de sólo el 10 por 100 de los visitantes. Este razonamiento resulta importante en el debate sobre si los grandes museos nacionales deben cobrar una entrada al visitante o si por el contrario, el principio constitucional que obliga a los poderes públicos a garantizar el acceso a la cultura desaconseja el establecimiento de un precio de entrada que regule la demanda.

Todos estos ejemplos revelan la necesidad de estudiar la noción de mercado y de producto en relación con las industrias culturales. El paradigma de la neutralidad pública en la producción cultural debe tener en cuenta la necesidad de mantener la diversidad y fomentar el acceso de los ciudadanos. Lo que tradicionalmente se ha abordado desde el punto de vista de la política cultural puede lograrse, en el caso de las industrias culturales, con una adecuada intervención y control de los mercados. Aquí, el Derecho de la competencia está llamado a corregir las prácticas anticompetitivas y controlar un nivel adecuado de concentración empresarial.

Si esto es así, resultará indicado predicar una regulación pública distintiva de las industrias culturales, abandonando los postulados tradicionales de política industrial hacia un verdadero «*cultural economics*». Esta especialidad económica trasciende el campo de estudio para proyectarse sobre los métodos de intervención de los mercados, incluyendo la política de Defensa de la Competencia. Si el razonamiento económico presenta una especificidad propia, la aplicación del Derecho de la competencia debe hacer lo mismo.

⁶ J. H. GAPINSKY, «The lively arts as substitutes for lively arts», *American Economic Review*, núm. 76, 1986.

2. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y LA LLAMADA «EXCEPCIÓN CULTURAL»⁷

Las industrias culturales agrupadas en grandes grupos transnacionales tienden a propugnar el libre flujo comercial de sus productos. La globalización e interrelación económicas del mundo provocan una circulación de productos culturales con una tendencia cada vez mayor a la homogeneización como estrategia de disminución de los costes productivos a la vez que como estrategia de dominio de los mercados.

Frente a este fenómeno, aparece la reacción identitaria de algunos Estados-nación que ven en el flujo comercial de productos culturales una amenaza a la supervivencia de la cultura local (nacionalismo cultural). Con Francia singularmente a la cabeza, se propugna la exclusión de las manifestaciones culturales de los principios de libre comercio. Esta opción cuenta con varias dificultades: en primer lugar, hay que definir lo que se entiende por producto cultural y diferenciarlo del simple producto industrial. De otra forma, se utilizará la vestimenta cultural para disfrazar una actitud meramente proteccionista. En segundo lugar, la exclusión de las industrias culturales de la competencia internacional puede tener como efecto secundario el encumbramiento de la mediocridad. La protección puede proporcionar a ciertos productos culturales el talento que la audiencia les hubiera denegado.

La respuesta a la desigualdad de las fuerza de mercado se orienta en nuestros días hacia la excepción cultural y pocas veces hacia la creación de una identidad cultural propia. En otras palabras, la lucha global por el mantenimiento de la idiosincracia cultural debería abordar aspectos como la formación cultural del consumidor, la puesta a disposición de los creadores de los medios necesarios para realizar su tarea, la existencia de mecanismos sólidos de distribución, etc. Todas estas acciones son acciones de carácter positivo, que no comportan necesariamente la renuncia al libre flujo del comercio entre naciones.

Este tratamiento específico se ha visualizado claramente en la llamada excepción cultural propuesta en el seno de la Organización Mundial del Comercio, que merece una exposición detallada.

⁷ C. PADRÓS REIG, «La excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 231, 2004; A. TINEL, «Qu'est-ce que l'exception culturelle?», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 435, 2000; F. DEHOUSSE y F. HAVELANGE, «Aspects audiovisuels des accords du GATT. Exception ou spécificité culturelle?», C. DOUTRELEPONT (dir.), *L'Europe et les enjeux du GATS dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruselas, Bruylant, 1994; J. P. HORDIES y A. MAQUA, «L'exception culturelle: aspects de droit européen et de droit national de quelques États membres», S. MUÑOZ MACHADO (ed.), *Derecho europeo del audiovisual. Actas del congreso organizado por la asociación europea de Derecho del audiovisual*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997; C. HUBIN, «La culture dans l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI): avancée en terrain miné», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, núm. 8, 1998.

En los últimos años, la voluntad de tutelar la identidad cultural de los pueblos que integran la UE y su diversidad cultural se ha demostrado difícil por el proceso de globalización. Por globalización podemos entender la integración a nivel mundial de los mercados. Esta integración comporta un crecimiento constante de los flujos comerciales transfronterizos de bienes, servicios y capital. El motor principal de esta globalización lo constituye el progreso tecnológico que se ha propagado rápidamente por el mundo desarrollado. La globalización se revela como una fuerza económica positiva que ha proporcionado el crecimiento económico más duradero de todos los tiempos gracias a un aumento de la eficiencia en la transferencia de tecnología y una mayor especialización y competencia empresarial internacional. Así, la globalización supone una apertura sin precedentes de los mercados nacionales a la competencia.

En lo que refiere a la organización institucional de este fenómeno, se han creado organizaciones para gestionar el libre comercio y reducir las dificultades que persisten a los intercambios comerciales. Se trata de crear reglas globales para mercados globales. El protagonista indiscutible de esta globalización institucional es el GATT, hoy OMC. Las reglas fundamentales establecidas en el seno del GATT son: la no discriminación a través de la cláusula de la nación más favorecida; la eliminación de las restricciones cuantitativas (contingentes y cuotas) y la prohibición de las ayudas a la exportación.

De hecho, como ilustran magistralmente ÁVILA ÁLVAREZ y DÍAZ MIER, los orígenes del debate hay que situarlos en la redacción del art. IV GATT en las *«disposiciones especiales relativas a las películas cinematográficas»* que consagran la legalidad de las cuotas de pantalla: *«hay que señalar que la fuerte agitación que se ha producido en los años ochenta-noventa en torno a la negociación del sector audiovisual en la Ronda Uruguay no es más que una repetición de la que ya se produjo en 1946 y 1947. En efecto, tras la Segunda Guerra Mundial, un alud de producciones norteamericanas llegaron a una destrozada Europa. Esta invasión de productos norteamericanos se encontró con una doble oposición que actúa de manera conjunta. Por un lado, hay que enmarcar las protestas en el contexto de la naciente guerra fría. Tales protestas, muy intensas en Francia, estuvieron dirigidas por el potente Partido Comunista Francés, que temía el atractivo del American Way of Life sobre las masas europeas. Por otra parte, existió una fuerte oposición intelectual ante los que se consideraban simplistas y poco elaborados productos norteamericanos. Para resolver el problema, fue firmado un acuerdo entre Leon Blum, Presidente del Gobierno francés, y J. F. Byrnes, Secretario de Estado norteamericano, el 28 de mayo de 1946. En esencia, el acuerdo consistía en que, además de la concesión de un préstamo a la reconstrucción de la industria, los Estados Unidos obtenían la derogación de todas las restricciones aduaneras a la importación de películas. Una cuota de pantalla reservaba a los filmes franceses*

cuatro semanas sobre dieciséis en las salas francesas, la clásica proporción 1-4. Este acuerdo se consideró insatisfactorio por importantes grupos intelectuales que, apoyados siempre por el Partido Comunista, crearon un comité de defensa del cine francés, que obtuvo una revisión del acuerdo Blum-Byrnes y la creación de un fondo de desarrollo de la industria cinematográfica, alimentado por un gravamen a la entrada de las películas»⁸.

En el seno de la OMC se han desarrollado varias rondas de negociaciones, la más impotante para nuestra exposición, la Ronda Uruguay. Por primera vez se ha ampliado el radio de acción de las negociaciones hasta alcanzar los acuerdos sobre propiedad intelectual (TRIPS) y comercio de servicios (GATS).

Durante la primera etapa de negociaciones a finales de los años ochenta, la Comunidad Europea había aceptado expresamente la inclusión del sector audiovisual y la cultura dentro del ámbito objetivo del GATT, aplicando los principios generales de acuerdo también a estos sectores. En 1992, la Comisión Europea propuso una rectificación para introducir la llamada «cláusula de especificidad cultural», o sea, la inclusión de las manifestaciones culturales en el ámbito del libre comercio con algunos matices. La propuesta de la Comisión reservaba a los Estados la posibilidad de mantener las medidas que consideraran oportunas con la finalidad de preservar la identidad cultural nacional y regional. En definitiva, la fórmula europea no suponía la automática exclusión de las industrias culturales del acuerdo, sino que mantenía un margen de actuación a las políticas proteccionistas nacionales. La especificidad cultural reconocía el carácter distintivo del sector audiovisual y cultural y autorizaba a las partes a mantener obstáculos que en realidad impedían la aplicación misma del acuerdo. La cláusula suponía una especie de congelación de las medidas nacionales existentes que se someterían a una liberalización progresiva. No se contemplaba, en cambio, cuál era el margen de aplicación de nuevas medidas.

La proposición europea, aprobada por parte del Parlamento Europeo en 1993 fue endurecida al poco tiempo, optándose al final por la inclusión de una verdadera «excepción cultural». Ésta supone la exclusión del sector cultural del ámbito objetivo de aplicación de los acuerdos de liberalización. El art. 20 GATT refiere a las excepciones generales y prevé la no aplicación de los principios de libre comercio cuando el país firmante invoque la necesidad de salvaguardar ciertos valores entre los cuales se debería incluir la protección de la propia cultura.

⁸ A. M. ÁVILA ÁLVAREZ y M. A. DÍAZ MIER, «Las cuotas comunitarias de programación televisiva y los acuerdos internacionales sobre comercio (GATT-GATS): el conflicto entre Estados Unidos-Unión Europea», S. MUÑOZ MACHADO, (ed.), *Derecho europeo del audiovisual. Actas del congreso organizado por la asociación europea de Derecho del audiovisual*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997.

Con la firma del Acuerdo de Marrakech en 1994, que dio nacimiento a la Organización Mundial del Comercio, se ha reafirmado el concepto de excepción cultural. De hecho, todos los países UE, y algunos otros, han rechazado la aplicación de la liberalización al sector cultural (incluido el audiovisual), manteniendo el derecho a promover cualesquiera políticas culturales nacionales aunque ello suponga un obstáculo al comercio.

En 1997 reaparece de nuevo la discusión entorno a la excepción cultural con motivo de la negociación del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI). El AMI es un acuerdo que lleva años negociándose por parte de 29 países pertenecientes a la OCDE. La idea central es la de definir unas normas multilaterales básicas de liberalización de las inversiones que incluyan la prohibición de cualquier discriminación por razón del origen de la inversión. El AMI, pues, termina con la distinción entre inversión nacional e inversión extranjera. Se adopta una definición muy amplia de inversión, de manera que incluye cualquier tipo de bien poseído o incluso controlado directa o indirectamente. Como pone de relieve HUBIN, el acuerdo comprende la prohibición de aprobar cualquier normativa nacional que prevea el tratamiento preferencial a las inversiones locales o los incentivos para sostener la producción nacional⁹. En caso de incumplimiento de las disposiciones del AMI, las empresas extranjeras podrían demandar al Gobierno nacional y pedir una indemnización por los daños ocasionados.

Esta perspectiva ha disparado las alarmas en los países que, con Francia de nuevo a la cabeza, han defendido la excepción cultural. El acuerdo no prevé expresamente más que algunas excepciones en casos de seguridad nacional y industria militar. La falta de referencia a la excepción cultural podría poner en entredicho algunas de las políticas culturales que desarrollan los Estados miembros, ya sea porque suponen una ayuda a la producción nacional, ya sea porque impiden el pleno desarrollo de las inversiones de los grupos multinacionales.

Finalmente, en 1999 en Seattle se inició una nueva ronda de negociaciones en el seno de la OMC. Los quince Estados miembros de la UE, por unanimidad, han acordado incluir en el mandato negociador de la UE el objetivo de mantener y desarrollar las políticas culturales y audiovisuales, con la finalidad de preservar la identidad cultural frente a los procesos de globalización y liberalización del comercio.

En el mismo sentido, el art. 315 del Tratado, por el que se establece una Constitución para Europa, requiere la unanimidad del Consejo antes de aprobar cualquier acuerdo en materia comercial que pueda poner en peligro la diversidad cultural y lingüística de la Unión.

Los ejemplos que hemos descrito relativos a los procesos de liberalización comercial y globalización económica ponen de relieve un cierto

⁹ C. HUBIN, «La culture dans l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI): avancée en terrain miné», *op. cit.*

cuestionamiento de los instrumentos nacionales existentes a través de los cuales se desarrolla la política cultural (ayudas, cuotas, prohibiciones, etc). La globalización, en su aspecto económico, se basa fundamentalmente en la libertad y la libre competencia entre empresas. Estas premisas pueden entrar en contradicción con la política cultural tradicional. Ello no debe inducirnos a caer en un maniqueísmo estéril, donde las fuerzas del libre comercio se hallarían del lado malévolo, atacando la indefensa identidad cultural. Este discurso no es seguramente exacto y menos aún conduce a ningún resultado.

Al contrario, la reglas relativas al libre cambio obligarán a revisar los mecanismos de protección cultural, separando la legítima actividad de fomento del burdo proteccionismo. Por el mero hecho de que la globalización comporte cambios, no podemos calificar el proceso de manera negativa.

La clave de la solución del problema seguramente se encuentra en un punto de equilibrio entre competencia y cultura, buscando mecanismos de fomento compatibles con la libertad comercial. Aunque puede ser una valoración un tanto arriesgada, la liberalización comportará un cambio en el objeto de la actividad de fomento. Así, el futuro deberá tender a incidir en la competitividad del proceso cultural (puesta a disposición de medios) más que en la subvención o protección del producto¹⁰. Cualquiera que sea la opción, nada invalida el objetivo de las políticas culturales de promoción y preservación de la cultural propia. Sólo se deben adaptar los instrumentos jurídicos para destilar los fines culturales del nacionalismo cultural.

Pueden existir esencialmente tres vectores para el desarrollo de las políticas culturales:

— Mejora de la competitividad de la industria. En primer lugar, la entrada de productos culturales provenientes del extranjero que pueden sofocar la producción nacional si ésta no cuenta con unas características competitivas suficientes (tanto en lo que refiere a los costes como a la calidad). Las políticas culturales pueden establecer una notable influencia en la mejora de la competitividad de las industrias culturales sin necesidad de restringir el comercio.

— Pluralidad de operadores. En segundo lugar, la concentración de la producción y la comercialización de los productos culturales en el seno de grandes grupos industriales puede dañar el tejido industrial. Los poderes públicos pueden actuar para garantizar la efectiva existencia de mecanismos de distribución efectiva y de pluralidad de operadores en el mercado cultural.

— Fortalecimiento tecnológico. En tercer lugar, los países olvidan el potencial futuro de las nuevas tecnologías como canal de difusión y co-

¹⁰ C. PADRÓS REIG, «El Instituto Catalán de las Industrias Culturales: un nuevo modelo de Administración pública cultural», *AEDON, Rivista de Arte e Diritto on line*, Bologna, 2002.

mercialización cultural. En el futuro, la política cultural será más dependiente de la fortaleza tecnológica de la industria.

Existe un proceso imparable de liberalización e internacionalización en todos los sectores de actividad de la economía. La percepción europea es que esta liberalización proviene de los Estados Unidos. Así se entienden, por ejemplo, las manifestaciones del director de cine Bertrand Tavernier al periódico *Libération* el 17 de noviembre de 1999: «*el término globalización esconde un medio de propaganda estadounidense; se llama globalización por no hablar de imperialismo norteamericano*».

El mercado cinematográfico mundial está claramente dominado por las industrias norteamericanas (85 por 100 de cuota de espectadores en los cines europeos). Sin duda alguna, el Derecho de la competencia europeo tiene una gran tarea a desarrollar en este sentido, persiguiendo algunas de las prácticas restrictivas de la competencia que las *majors* puedan desarrollar o simplemente velando por los modos de ejercicio de esta clara posición de dominio en el mercado internacional. Esta oportunidad correctora no pasa en ningún caso por la discriminación y la obstaculización del comercio, sino por la aplicación del Derecho de la competencia.

Además, aunque nos cueste reconocerlo, la principal influencia cultural norteamericana en el mundo proviene de la industria audiovisual. Mientras que en los años cuarenta Francia consideraba el cine como una actividad marginal de escaso rendimiento económico, allende el Atlántico se desarrollaba una potente industria cultural¹¹. Mientras que la política cultural europea ha continuado con su énfasis en la llamada «cultura culta», el cine ha ganado la batalla. Está fuera de toda duda que la liberalización del sector cultural va a beneficiar al cine norteamericano, pero no estaría de más reconocer nuestros propios errores y nuestras propias incapacidades antes de responsabilizar de todo ello a la libre competencia.

En definitiva, no se trata de defender el sector cultural con barreras proteccionistas, sino de garantizar las condiciones necesarias que puedan hacer florecer la producción, la distribución y la exhibición de obras culturales europeas. Además, cuando el objetivo es precisamente preservar la diversidad cultural, una de las lecciones de la globalización y la liberalización de los mercados es la necesaria potenciación de la UE como actor internacional. Los Estados deben entender que la defensa de su cultura pasa por un ampliación competencial del papel de la UE. La UE debe actuar internamente para garantizar la desaparición de la segmentación

¹¹ Un estudio de la International Federation of Phonographic Industry (IFPI) demuestra cómo en 1998 las exportaciones norteamericanas de lo que podemos considerar productos culturales (películas, música, programas de televisión, libros, revistas y programas de *software*) sobrepasaban por primera vez en la historia el volumen total de las exportaciones de otras industrias tradicionales como pueden ser la industria automovilística, la agricultura o la defensa. Ver D. PUTNAM, *The undeclared war: the struggle for control of the world's film industry*, New York, 1997.

del mercado de las industrias culturales y, al mismo tiempo, externamente para hacer frente a las prácticas que distorsionan la competencia por parte de grandes multinacionales.

Frente a la tradicional excepción cultural, va ganando campo el concepto de protección de la diversidad cultural. Como indicaba Trautman, la entonces Ministra francesa de Cultura, en el *Libération* de 28 de octubre de 1999, *«la noción de diversidad cultural no sustituye a la excepción cultural. Se trata sólo de la explicación de la finalidad que se persigue en las negociaciones. Esta nueva noción está formulada en positivo y expresa la voluntad de conservar todas la culturas del mundo —no sólo la propia cultura— contra los peligros de la unificación. La excepción es la regla y debe seguir siéndolo; es el instrumento jurídico no negociable para alcanzar el objetivo de la diversidad cultural»*.

Así, en el ámbito internacional se ha impulsado por primera vez un texto relativo a la diversidad cultural. Según el art. 8 de la Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural¹²:

«Frente a los cambios económicos y tecnológicos actuales, que abren vastas perspectivas para la creación y la innovación, se debe prestar una atención particular a la diversidad de la oferta creativa, a la justa consideración de los derechos de los autores y de los artistas, así como el carácter específico de los bienes y servicios culturales que, en la medida en que son portadores de identidad, de valores y sentido, no deben ser considerados como mercancías o bienes de consumo como los demás».

Existen dos elementos de esta definición que merece la pena destacar. De un lado, los bienes culturales poseen un carácter específico en tanto que son portadores de valores e identidad. Este carácter específico justifica un tratamiento diferencial en el ámbito relativo al comercio. De otro lado, la diversidad cultural debe garantizarse a través de la garantía de la pluralidad en la oferta creativa. Retomaremos este segundo aspecto más adelante.

La formulación de la Declaración Universal de la UNESCO podría constituir el primer instrumento legal de fijación de lo que hasta hoy no es más que una doctrina o una posición en las negociaciones internacionales.

Como declaraba el director de cine y presidente de la Fundación Autor, Manuel Gutiérrez Aragón, en *El País* de 25 de abril de 2004: *«¿Es que hay alguien que pueda pensar que los creadores están en contra de la circulación de las obras, propias o ajenas? Ni escritores, ni plásticos, ni cineastas, ni músicos quieren otra cosa sino que las obras circulen. Queremos competir en un mercado libre —¿es libre un sistema en el que*

¹² Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural. Adoptada por la 31.ª reunión de la Conferencia General para la UNESCO. París, 2 de noviembre de 2001. Disponible en www.unesco.org.

las multinacionales cinematográficas norteamericanas dictan sus listas hasta alcanzar el 80 por 100 de la cuota de mercado?—, pero nadie debería caer en la simplificación de presentar la cuestión como cine europeo versus cine americano. Siempre hemos admirado al cine norteamericano, pero, a la vez, rechazado las terribles prácticas comerciales con las que someten a sus cineastas y combatido las presiones con las que quieren sojuzgar nuestras cinematográficas europeas». En el mismo periódico se expresa Fernando Trueba el 28 de agosto de 2004: «para que la libertad de elección del espectador exista hace falta primero que exista una oferta variada, que exista otro cine, y no sólo el de las grandes compañías americanas que controlan prácticamente todo el mercado audiovisual en España, en Europa y en el mundo entero. No sólo controlan la producción, sino, lo que es aún más grave, la distribución y la exhibición, incluso mediante prácticas que en su propio país están prohibidas por leyes antitrust para defender la libre competencia y que en Europa o no existen o no se aplican».

El Derecho de la competencia puede representar precisamente el equilibrio necesario entre libre mercado y protección de la diversidad cultural. La persecución de prácticas contrarias a la competencia puede devolver un mayor grado de pluralidad a la oferta cultural sin recurrir al nacionalismo cultural y el proteccionismo consiguiente.

En definitiva, una libre competencia genuina puede ser un instrumento muy eficaz para materializar el concepto de la diversidad cultural.

3. EL TRATADO UE Y LA POLÍTICA EUROPEA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ¹³

Jean MONNET, padre fundador de la Unión, argumentaba que si tuviera que empezar de nuevo lo que hoy es la UE, empezaría por la cultura, porque Europa necesita de una identidad colectiva tanto como de un proyecto común de intercambio de mercancías y servicios.

Históricamente, la protección cultural en la Unión se limitaba a la formulación del art. 28 (*ex* 30) TCE que contiene una mención específica a las exigencias imperativas que permiten restringir la libre circulación cuando estemos ante medidas que tengan por finalidad la protección del patrimonio histórico, artístico y arqueológico nacional.

¹³ De B. WITTE, «Trade in culture: International legal regimes and EU Constitutional Values», G. DE BÚRCA y J. SCOTT (eds.), *The EU and the WTO. Legal and constitutional issues*, Oxford, Hart Publishing, 2001; M. WELBROECK, «Cultura y proteccionismo en la Unión Europea», *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 7, 2000; G. KARYDIS, «Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale», *Revue trimestrelle de Droit européen*, vol. 30, núm. 4, 1994; L. MAYER-ROBITAILLE, «Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aids d'Etat relatives à la culture», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 40(3), 2004.

La competencia comunitaria en materia de cultura aparece de forma tardía en 1992 (art. 128 después reenumerado 151) conforme al concepto de gradualismo o neo-funcionalismo que explica el desarrollo competencial del ordenamiento comunitario. Así, la atribución a las instituciones comunitarias de competencia en este sector se justifica por la distorsión que la protección cultural puede producir en el desarrollo del mercado único. En otras palabras, el nacimiento de las competencias comunitarias en materia cultural empieza a ser imprescindible cuando se detecta que la cultura puede ser utilizada de manera proteccionista para dificultar el intercambio comercial intraeuropeo.

Por ello, se podría afirmar que históricamente ha prevalecido la cláusula del mercado y la garantía de las libertades comunitarias frente a una decidida conciencia de la necesidad de actuación europea en el ámbito cultural. Esta hipótesis se refrenda además por el carácter estrictamente limitado de la articulación jurídica al respecto.

Efectivamente, la competencia cultural europea es estrictamente complementaria de la que desarrollen los Estados miembros. La complementariedad cultural supone una limitación al desarrollo comunitario más intensa incluso que la subsidiariedad. Así, en la Comunicación de la Comisión del 29 de abril de 1992 se explicita que:

«A medida que se desarrolle la actuación cultural, y en especial cada vez que se proponga un programa específico, será preciso cerciorarse de que se esté observando escrupulosamente el principio de subsidiariedad (...) De acuerdo con esta óptica, la Comunidad tiene intención de fomentar la cooperación cultural en estricta complementariedad con las acciones emprendidas por los Estados miembros; en su caso continuará apoyando estas acciones en los sectores concretos enumerados en el artículo relativo a la cultura».

Como indica ALONSO GARCÍA: *«por lo que refiere a las competencias complementarias, el apoderamiento a favor de la Comunidad sería a los solos efectos de complementar las intervenciones de los Estados miembros, cuya competencia al respecto en ningún caso podría verse desplazada por las acciones comunitarias, llegando el Tratado incluso a prohibir expresamente en algunas materias toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros»*¹⁴.

Existe, pues, una diferencia importante respecto a la distribución competencial en materia de cultura que realiza la Constitución española de 1978 que utiliza el concepto de competencia concurrente o indistinta. Por el contrario, la competencia cultural de la Unión es sólo complementaria de la estatal y por ello mucho más limitada.

¹⁴ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

Además de este carácter estrictamente complementario, destacan dos limitaciones más al desarrollo de la competencia comunitaria en materia de cultura: en primer lugar, el método decisorio continúa anclado en la unanimidad y por ello en la trampa de la decisión conjunta; en segundo lugar, se excluye el potente mecanismo de integración que supone la armonización de las disposiciones nacionales. Sólo caben, pues, las medidas de fomento y las recomendaciones. La conjunción entre estas dos limitaciones revela una manifiesta desproporción al requerir la unanimidad para la adopción de medidas no coactivas.

Según VAQUER, «tanto las recomendaciones como las medidas de fomento no dejan de ser instrumentos un tanto desleídos y, por tanto, una base más bien endeble para la articulación de una política cultural. Se trata en definitiva de medidas que infrautilizan o incluso carecen de la que suele considerarse como la característica definitoria de la acción de los poderes públicos: la coacción. En su política cultural, la Comunidad sólo puede manifestarse tras el rostro amable del sabio consejero o del generoso mecenas»¹⁵. Además, según Manuel Gutiérrez Aragón: «se da la aberración de que para tomar cualquier decisión cultural en el seno del Consejo Europeo se necesita la unanimidad. Con sólo el voto negativo de un país se puede bloquear cualquier decisión. Tenemos que pedir que se reforme el voto por bloqueo y defender que esas decisiones se tomen por lo menos por mayoría cualificada para que no suceda que uno o dos votos impidan cualquier cambio»¹⁶.

Por todo ello, la disposición contenida en el actual art. 151 parece más pensada para garantizar las competencias culturales de los Estados miembros que para constitucionalizar una política cultural autónoma de la Unión.

La redacción del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa podría traer esperanzas de una mayor consideración de la cultura dentro del ordenamiento comunitario. Al leer el texto se encuentran algunas referencias a la protección de la diversidad cultural (arts. 3 y 22) y un artículo específicamente dedicado a la cultura: el art. 280, que, a nuestro entender, no introduce modificaciones sustanciales.

Los razonamientos expuestos se hacen perfectamente visibles en la STJCE de 23 de febrero de 1999 en el Asunto C-42/97 que enfrentó al Parlamento Europeo y al Consejo. La medida en cuestión es una decisión del Consejo que aprueba un programa plurianual para la promoción de la diversidad lingüística en la sociedad de la información. Esta medida fue adoptada en base a la competencia del art. 157, esto es, la competencia sobre política industrial y no en base al art. 151 sobre fomento de la diversidad cultural. Según el Tribunal, «la descripción de los aspectos

¹⁵ M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y Cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, 1998.

¹⁶ Entrevista a Manuel Gutiérrez Aragón, en *El País*, 28 de agosto de 2004.

culturales de una acción comunitaria no implica necesariamente recurrir al art. 151 como base jurídica, cuando la cultura constituye un componente esencial e indisociable del otro componente, sobre el que se basa la acción de que se trata, sino solamente es accesorio o secundario respecto de éste».

El fundamento jurídico de la sentencia resulta un tanto forzado para no tener que reconocer que la capacidad de actuación de las instituciones comunitarias en materia cultural resulta mínima.

A pesar de estas críticas, la competencia cultural comunitaria contiene un elemento horizontal de gran importancia para nuestro estudio en el apartado 4 del art. 151 al establecer: «*La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de las culturas*».

La inclusión de la cultura dentro del ordenamiento comunitario se opera, pues, como un título de intervención horizontal más que como una base jurídica autónoma para actuar. En definitiva, lo más destacable del art. 151 puede ser su influencia sobre las demás políticas de la Unión, de manera que el desarrollo de cualquier política comunitaria en aplicación de la cláusula de mercado único deberá tomar en consideración los aspectos culturales que ello pueda implicar.

Así se entiende, por ejemplo, la Resolución del Consejo de 20 de enero de 1997 sobre la integración de aspectos culturales en las acciones comunitarias (97/C 36/04). La resolución aparece después del Primer Informe de la Comisión sobre la consideración de los aspectos culturales en las acciones de la Comunidad [Informe de 17 de abril de 1996, COM (96) 160 final].

Según este documento, la atención de los aspectos culturales de la acción comunitaria debe basarse en los siguientes principios:

— La cultura forma parte integrante de la actuación comunitaria como forma de la potenciación de la ciudadanía y el desarrollo personal y humano.

— La cultura debe ser reconocida como derecho propio en el seno de la Comunidad.

— La cultura requiere de una colaboración horizontal en los procesos decisorios comunitarios.

— El acceso a la cultura y la afirmación de una identidad cultural son condiciones esenciales para la plena participación de los ciudadanos.

— La realización de actividades de tipo cultural debería contribuir a reducir las disparidades de desarrollo entre las distintas regiones europeas.

Por todo ello, el Consejo manda que periódicamente se elabore un informe sobre la afectación que puede tener el desarrollo de las políticas

comunitarias sobre la cultura (especialmente en aspectos como la libre circulación, derecho de la competencia y fondos estructurales). Lamentablemente, debe denunciarse la inactividad de las instituciones comunitarias en este aspecto, pues el Primer Informe de la Comisión antes citado no ha tenido continuidad alguna ¹⁷.

En definitiva, la aparición de la competencia de la Unión en materia cultural debería suponer la necesaria adaptación del Derecho de la competencia en este sentido. Parece claro que el Derecho comunitario ampara el hecho que no deban ser tratados de la misma forma los fenómenos económicos que conlleven una implicación cultural (las llamadas industrias culturales) frente aquellos sectores que podemos considerar ordinarios.

Este razonamiento es bastante visible si consideramos la política europea de ayudas de Estado en los sectores culturales ¹⁸ y también una cierta tolerancia en la inclusión de aspectos culturales como exigencias imperativas fundantes de la excepción a la libre circulación de mercancías y servicios ¹⁹, aunque, en conjunto, supone una articulación jurídica más bien pobre.

4. ALTERACIÓN DEL MECANISMO DE PRECIOS: EL SECTOR EDITORIAL ²⁰

Uno de los ejemplos más incontestables de la excepción que suponen las industrias culturales con respecto al Derecho de la competencia lo presenta el sector editorial y la práctica de la fijación de los precios de venta de los libros que se reproduce en bastantes países del contexto europeo.

¹⁷ Merece la pena mencionar las Resoluciones del Consejo de 21 de enero de 2002, sobre el lugar de la cultura en la Unión Europea (2002/C 32/02, *DOCE*, de 5 de febrero de 2002) y de 26 de mayo de 2003, relativa a los aspectos horizontales de la cultura (2003/C 136/01, *DOCE*, C 136, de 11 de junio de 2003). En la primera de las resoluciones se recuerda «la necesidad de que la Comunidad tome en cuenta los aspectos culturales en las actuaciones que lleva a cabo en virtud de otras disposiciones del Tratado, por ejemplo, la política de la competencia, de mercado interior y la política comercial común».

¹⁸ C. PADRÓS REIG, «La excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia», *op. cit.*; L. MAYER-ROBITAILLE, «Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aides d'Etat relatives à la culture», *op. cit.*

¹⁹ Ver la evolución jurisprudencial a través de los casos siguientes: Cinetheque, S. A., c. Fédération nationale des cinémas français, *STJCE*, de 11 de julio de 1985, As. 60/84, *Rec.*, 1985, p. 2605; Groener, *STJCE* de 28 noviembre de 1989, As. 379/87, *Rec.*, 1989, p. 3965; Fedicine, *STJCE* de 4 de mayo 1993, As. C-17/92, *Rec.*, 1993, I-2239.

²⁰ AAVV, *Les incidences économiques de la loi sur le prix unique du livre en France*, La Documentation française, 1986; P. SCHWARTZ, *El precio de los libros: argumentos para una polémica*, Madrid, IDELCO, 1998; D. POUCHARD, «Les systèmes de prix fixe du livre dans les zones linguistiques transnationales au regard du droit communautaire», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 37(1), 2001.

Los editores pueden fijar el precio de venta de las ediciones y los distribuidores no pueden efectuar más que unos pequeños descuentos tasados en algunos casos. En España, esta restricción se halla amparada por la Ley del Libro de 1979 y en Francia por la Ley 81/766, de 10 de agosto de 1981, llamada *Loi Lang*.

La práctica fue objeto de examen en la cuestión prejudicial resuelta en la STJCE de 10 de enero de 1985 (caso Leclerc As., 229/83, *Rec.*, 1985, p. 1). El caso analiza si la fijación de los precios de venta de los libros a las distribuidoras es contrario al art. 85.1 TCE (nuevo 81) y en general a las normas de defensa de la competencia. Leclerc es un grupo de distribución de alimentos francés que supuestamente vendía libros a un precio inferior al fijado, infringiendo por tanto la ley que establece el precio del libro.

El Gobierno francés argumenta que la legislación de defensa de la competencia no es aplicable a las medidas legislativas adoptadas por los Estados. Además trata de justificar que la restricción de la competencia persigue un objetivo cultural como es conjurar los efectos adversos que la competencia salvaje podría provocar sobre la edición de libros y sobre la diversidad cultural en general. La restricción sería necesaria para mantener las pequeñas librerías especializadas frente a canales de distribución mucho más poderosos que efectúan una política comercial de reducción de márgenes sobre ciertos títulos muy comerciales (*best-sellers*).

La Comisión admite que el art. 85.1 (hoy 81) no es aplicable al caso, pero discrepa del escenario económico descrito por el Gobierno francés. La Comisión discrepa de la utilidad cultural de las medidas y reconoce que el sistema de precio fijo está establecido en numerosas legislaciones de países miembros.

El Tribunal critica en cierta medida la inacción de la Comisión que había anunciado la intención de investigar este tipo de restricción sin que hasta la fecha hubiera presentado ninguna conclusión.

El precedente al difícil caso ante el Tribunal es la Sentencia de 17 de enero de 1984 (As. 43/82 y 63/82., *Rec.*, 1984, p. 19), donde el Tribunal había declarado que la fijación de precios entre dos distribuidoras de dos países distintos constituía una práctica contraria a la competencia. En ningún caso, las normativas nacionales pueden prevalecer sobre el Derecho de la competencia, por muy extendidas que se encuentren en los varios Estados miembros. A pesar de este pronunciamiento, ni la Comisión ni el mismo Tribunal entraron a valorar la compatibilidad de las legislaciones sobre acuerdo de precio fijo con el Derecho de la competencia.

Las prácticas restrictivas consistentes en la fijación de los precios de los libros no han sido objeto de regulación por parte de la Comunidad. En esta situación, el Tribunal no se encuentra en condiciones de declarar la incompatibilidad del precio fijo de los libros con las normas comunitarias

de defensa de la competencia si estas restricciones no producen, además, vulneración de otras disposiciones del Tratado, como pueden ser las relativas a la libre circulación de mercancías.

La sentencia supone, pues, una reprimenda a la Comisión por su inactividad a la vez que un *self-restrain* del Tribunal que no entra a enjuiciar la distorsión de la competencia en el sector editorial. La sentencia tiene unos claros efectos en lo que respecta a la importación intracomunitaria de libros, pero no sobre la práctica misma de fijación de los precios ²¹.

Es importante destacar, sin embargo, cómo el Tribunal no comparte la argumentación de la especialidad cultural que debe excepcionar la aplicación del Derecho de la competencia, rechazando así tanto la argumentación francesa como la del propio Abogado General. Ni siquiera puede decirse que considere justificable una medida de efecto equivalente puesto que el art. 36 debe interpretarse de manera restrictiva y no cubre específicamente motivos de protección cultural.

Después de la Sentencia Leclerc se puede hablar de una cierta cronificación de la práctica anticompetitiva basada en un falso respaldo del Tribunal a la misma ²². La sentencia limita sus pronunciamientos al examen de los supuestos donde se produce además de una práctica anticompetitiva, una restricción al comercio entre Estados, pero de ninguna manera puede sostenerse que con ello haya dejado la práctica inmune desde el punto de vista de la competencia.

De forma más reciente y directa, el caso *Échirolles Distribution et Association du Dauphine* ²³ permite al Tribunal enjuiciar la compatibilidad de la legislación nacional sobre el precio de los libros con el Tratado. El Tribunal determina que los arts. 3A y 102A (respeto a los principios de economía de mercado abierta y en libre competencia) constituyen disposiciones que no imponen a los Estados miembros obligaciones claras e incondicionales que los particulares puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En consecuencia, no resulta contrario al

²¹ Ver igualmente caso *VBVB c. VBVB*, Decisión de la Comisión de 25 de noviembre de 1981 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85, *DOCE*, L54, de 25 de febrero de 1982, donde la Comisión había declarado un acuerdo de importación entre editores y libreros belgas y holandeses como contrario a la libre competencia. La decisión fue impugnada ante el Tribunal y éste, en su *STJCE* de 17 de enero de 1984 (As. 43/82 y 63/82, *Rec.*, 1984, p. 19), apoya la posición de la Comisión. En el mismo sentido: Decisión de la Comisión 89/44/CEE, de 12 de diciembre de 1988, *Publishers Association – Net Book Agreements*, *DOCE*, L 22, de 26 de enero de 1989. Los acuerdos afectan esta vez a los editores y distribuidores ingleses e irlandeses. Al igual que en el caso anterior, la Decisión fue objeto de recurso, dando lugar a la *STPI* de 9 de julio de 1992, As. T.66/89, *Publishers Association c. Comisión*, *Rec.*, II-1995.

²² Ver *STJCE* de 24 de abril de 1997, As. 39/96, *KVB c. Free Record Shop*, *Rec.*, I-2303; de 11 de julio de 1985, As. 299/83, *S. A., Saint-Herblain distribution, Cenrte Distributeur Leclerc et autres c. Syndicat des libraires de Loire-Océan*, *Rec.*, 2515; 14 de julio de 1988, As. 254/87, *Syndicat des libraires de Normandie c. L'Aigle distribution*, *Rec.*, 4457.

²³ *STJCE* de 3 de octubre de 2000, As. 9/99, *Echirolles distribution, S. A., et Association du Dauphiné*. Disponible en <http://curia.eu.int>.

Derecho comunitario la aplicación de una normativa nacional que obligue a los editores a imponer a los librereros un precio fijo de reventa de los libros. La conclusión del caso Echirolles (2000) es esencialmente coincidente con la del caso Leclerc (1985). Ni en un caso ni en otro se utiliza la argumentación de la especificidad cultural del libro como justificación para la inaplicación del Derecho de la competencia.

La normativa sobre el precio fijo constituye una alteración anticompetitiva de la libre competencia como mecanismo de fijación de los precios. La alteración afecta de manera vertical al editor y al distribuidor, mientras que cualquier restricción horizontal quedaría fuera del amparo de la protección. Muchos países argumentan que la posibilidad de entrada libre en el mercado editorial compensa esta restricción vertical. Puesto que puede haber más editoriales, se garantiza un nivel de competencia aceptable. Este argumento, aunque débil en su misma esencia, conduciría a un análisis complejo entre restricción vertical y dominancia en el mercado²⁴. El razonamiento que propone el mismo Gobierno francés relaciona el nivel de atomización del sector con el mantenimiento de la restricción en el precio. Si ello es así, es indudable que desde la fecha de la Sentencia Leclerc no se ha experimentado más que un imparable proceso de concentración industrial en el sector editorial. Así, en la actualidad ya puede hablarse en Francia de un duopolio entre los grupos Hachette y Edizioni de la Cité (datos 2000). Según fuentes estadísticas oficiales, dos grupos dominan el 50 por 100 de la facturación y el 65 por 100 de la distribución. Lo mismo puede decirse en otros países: Italia con el grupo Mondadori, Reino Unido con el grupo Pearson o España con el grupo Planeta-Bertelsmann²⁵.

En cualquier caso, la evolución de la estructura del sector pone en entredicho la justificación de las restricciones verticales y hubiera merecido más atención en la sentencia del caso Échirolles.

A todo ello, cabe recordar que las restricciones en el sector del libro provienen en parte del carácter peculiar del sistema de distribución. A diferencia de otros productos, como pueden ser los discos, el editor asume la totalidad de los riesgos, puesto que se admite que las librerías devuelvan los ejemplares no vendidos de una obra.

De todas formas, la evidencia económica demuestra que las legislaciones sobre el precio fijo permiten la publicación de un número mayor de libros a condición de mantener un precio más alto de los mismos en su conjunto. En realidad se produce una cierta transferencia de rentas entre el libro de baja difusión (especializado) que mantiene un precio anormal-

²⁴ Sobre la concentración y las barreras de entrada, ver A. GRECO, «Market concentration levels in the US consumer book industry: 1995-1996», *Journal of Cultural Economics*, 24, 2000.

²⁵ Respecto a las concentraciones editoriales, ver caso COMP/JV 39, Bertelsmann/Planeta/Nuevas Ediciones de Bolsillo, de 28 de febrero de 2000; caso COMP/M 1377, Bertelsmann/Springer, de 4 de mayo de 1999; caso COMP/JV 24, Bertelsmann/Planeta/BOL, de 3 de diciembre de 1999.

mente bajo gracias a los precios más altos que deben pagar los lectores por libros más comerciales. Los precios por encima del óptimo competitivo serían equitativos si consideramos que todos los compradores de libros comerciales corresponden a un perfil de consumidor con rentas altas, cosa que no se corresponde a la realidad.

La fundamentación última de la inaplicación de la competencia al sector lo constituye el razonamiento basado en la excepción cultural: los libros no son una mercancía más.

Todo ello lleva a la adopción por parte del Consejo UE de la Resolución de 12 de febrero de 2001, sobre la aplicación de los sistemas nacionales de fijación del precio de los libros²⁶. Mediante este documento, el Consejo invita a la Comisión a tener en cuenta, al aplicar las normas de competencia y libre circulación, el valor cultural particular del libro y su importancia para el fomento de la diversidad cultural, resucitando en cierta manera el argumento desechado ya por el Tribunal en la Sentencia Leclerc. Igualmente, la Resolución recuerda que la *«libertad de cada Estado miembro, en su política a favor del libro y la lectura, a optar o no por un sistema nacional de precios para los libros, bajo una forma legislativa o contractual»*.

En cualquier caso, no queda claro que la mera invocación a la especialidad cultural pueda justificar una restricción vertical como la existente. La Comisión debería analizar con más detenimiento los efectos económicos de la restricción. Así, si se demuestra que la restricción competitiva va acompañada de un gran poder de mercado (doble barrera), la solución que debería adoptarse no es la del precio fijo, sino la del establecimiento de acuerdos de precios máximos que garantizara unos beneficios que fomentaran la entrada de nuevos operadores. Como especifica la OCDE *«la teoría económica explicaría lo que se observa ya en la práctica de los precios fijos: se trata de un esfuerzo de los distribuidores establecidos para evitar la aparición de nuevas formas de distribución comercial»*²⁷.

5. CONCENTRACIÓN INDUSTRIAL

Las industrias culturales deben afrontar numerosos riesgos. El índice de éxito de una obra puede variar enormemente y resulta muy difícil predecir exactamente los resultados económicos de una inversión. Esta falta de predictibilidad de los productos culturales hace que los operadores tiendan a disminuir al máximo el riesgo mediante estrategias de concentración.

²⁶ DOCE, C 73, de 6 de marzo de 2001.

²⁷ «Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation», *Reviews of Regulatory Reform-France*, Paris, OCDE, 2003.

Las industrias culturales sirven como filtro de la sobreproducción cultural que ofertan los creadores. Así, un gran grupo editorial puede recibir miles de manuscritos cada año, de los que publica un ínfimo porcentaje (menor al 10 por 100).

En este sentido, la concentración aumenta la capacidad económica, pero también reduce la incertidumbre que provoca la innovación. Una editorial pequeña puede erosionar el volumen de ventas de una gran distribuidora si consigue acertar con la producción de un determinado disco o con la edición de un determinado libro. El gasto cultural familiar no es ilimitado, con lo cual, las ventas de una sorpresa editorial recortan las ventas de otros libros más seguros.

La concentración empresarial tiende a reducir los riesgos mediante un mayor control del mercado y mediante una integración vertical de las fases productivas. La inflación de obras en el mercado aumenta la incertidumbre empresarial sobre sus posibilidades de éxito y rentabilidad económica. La atomización y la diversificación (valores inherentes al mantenimiento de la diversidad cultural) no hacen sino aumentar la incertidumbre económica.

BENHAMOU explica el fenómeno de la concentración empresarial como una exigencia de la llamada oferta por saturación: *«para concentrar la demanda en los productos propios, el distribuidor multiplica el número de salas en las que es posible ver la misma película, invierte en publicidad, intenta ocupar espacios en las páginas culturales de los periódicos y revistas, etc. Con esta técnica de la oferta por saturación, se aumenta el éxito de algunas películas en detrimento de otras, a la vez que determina una disminución de los nuevos productos. El propietario de una casa discográfica independiente reconoce en Le Monde de 31 de enero de 1995 que los distribuidores le exigen cada vez más una clara y firme campaña de promoción. Evidentemente quien llega con un clip promocional seis veces al día en un canal televisivo, con muchos millones de francos de presupuesto publicitario, tendrá muchas posibilidades de aumentar la ventas»*²⁸.

Sin embargo, estas estrategias destinadas a minimizar los riesgos de la comercialización de los productos culturales, paradójicamente, concentran los riesgos en determinados productos. Sólo los grandes grupos pueden soportar esta dinámica y asumir el fracaso de una estrategia tan costosa.

Esta concentración empresarial y el aumento de los costes provoca la necesaria estandarización del producto para reducir riesgos.

Durante los años noventa, la estructura y dimensión del mercado de las industrias culturales se ha transformado notablemente. El desarrollo de las tecnologías digitales y las políticas desreguladoras nacionales han ace-

²⁸ F. BENHAMOU, *L'économie de la culture*, Paris, La Découverte, 2000.

lerado ese proceso de progresiva concentración hasta llegar al panorama actual, dominado por grandes conglomerados. Según datos del Observatorio Europeo del Audiovisual, en 1993, el volumen de facturación de las 50 empresas más importantes del sector era de 118.000 millones de dólares. En 1998, tres años más tarde, la misma cifra global se alcanzaba ya por parte de las siete primeras compañías. Además, mientras que, en 1993, el 36 por 100 de las empresas era norteamericana, dos años más tarde esa proporción del mercado global aumentó hasta más del 50 por 100.

A pesar de que existen grandes productores cinematográficos mundiales (por ejemplo, India produce siete veces más películas al año que Hollywood), sólo las empresas norteamericanas dominan el comercio mundial. En 1980, la contabilidad de esas empresas reflejaba que sólo el 30 por 100 de su negocio provenía de la exportación. En 2000, los beneficios provenientes de la exportación alcanzan hasta el 50 por 100 del total.

Existe, en definitiva, un fuerte concentración de las industrias de contenidos que ha creado preocupación acerca del nacimiento de un oligopolio global de las industrias culturales. Esta concentración puede afectar a la diversidad cultural. De hecho, ya existe quien propugna la aplicación de la doctrina americana de las *essential facilities* al oligopolio comercial y de distribución del cine de Hollywood. El razonamiento es el que sigue: si bien es verdad que incluso un monopolista puede elegir con quién hacer negocios, si la negativa a proporcionar acceso a un producto o servicio se produce por quien ostenta un canal esencial de acceso al mercado, aparece una infracción de la legislación *antitrust* (ver *US c. Terminal Railroad, Ass.* 224 US 383, 1921)²⁹. Estas conductas constituyen una restricción ilegal de la competencia. La red de distribución de las *majors* constituye una *essential facility* para que los proveedores de contenidos puedan acceder al mercado global.

¿Cuál es la posición de las autoridades de defensa de la competencia al respecto? Veamos algunos casos.

A. DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 27 DE ABRIL DE 1992 (CASO NÚM. IV/M.202 THORN EMI/VIRGIN MUSIC)

La Comisión analiza en este expediente la compatibilidad con la normativa sobre fusiones empresariales de la compra de la totalidad de las acciones de Virgin Music por el grupo EMI. EMI se dedica tanto a la producción como a la grabación de música, así como a su venta minorista. De hecho, EMI es una de las cinco grandes *majors* del mercado discográfico mundial.

²⁹ Ver LI. CASES PALLARÉS, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Madrid, 1995.

La operación tiene indudablemente una dimensión comunitaria y, a juicio de la Comisión los efectos de la misma son esencialmente horizontales, es decir, la desaparición de Virgin Music del mercado de edición musical. Además, de este carácter horizontal, la Comisión investiga los posibles efectos verticales derivados del impacto de la fusión. En lo relativo al producto, se considera que no se producirá ni reforzará una posición de dominio. En lo relativo al mercado, la Comisión analiza si debe considerarse como mercado relevante el territorio comunitario en general o cada uno de los Estados miembros.

En principio, aunque el razonamiento no es fundamental para la decisión, la Comisión considera que el mercado musical como el analizado es esencialmente nacional. Las compañías musicales tienen políticas sobre el repertorio que varían según cada Estado miembro. Cada Estado tiene niveles distintos de demanda, crecimiento del consumo, política de precios y distribución (a excepción de los países del grupo Benelux) Sólo en algunos casos determinados se puede hablar de una política discográfica europea en el sentido global y sólo para artistas que reúnen una serie de requisitos: que generen un determinado volumen de ventas sostenido a lo largo de varios años; que vendan más de un millón de copias; que generen ventas a la exportación).

Como resultado de la fusión analizada, el grupo EMI controlaría cerca del 25 por 100 del mercado total. Esta cuota de mercado, combinada con el hecho de que existan otros competidores poderosos dentro del mismo sector, indica la ausencia de una posición dominante. La Comisión constata que nos encontramos ante un mercado europeo fuertemente concentrado. En los últimos cuatro años (1988-1992) al menos seis sellos discográficos llamados independientes han sido adquiridos por las grandes productoras. Virgin es, de hecho, en 1992, el último superviviente de este proceso de progresiva concentración. Como resultado de ello, EMI, Sony, Polygram, Warner y BMG se reparten entre ellas hasta el 80 por 100 del mercado europeo, que aumentará hasta el 83 por 100 después de la compra de Virgin Music.

En el razonamiento de la Comisión no aparece específicamente ninguna mención a las peculiaridades que pueden resultar de la actividad del sector discográfico. En otras palabras, en 1992 no existía todavía una preocupación acerca de la protección de la diversidad cultural en la defensa de la competencia. Del razonamiento de la Decisión parece más bien lo contrario. Según la Comisión, existen razones fundadas para justificar la concentración y el tamaño de las industrias discográficas. Así se expresa la Comisión en sendos apartados de su decisión:

«38. Los parámetros principales de competencia en el mercado musical son la promoción de los discos y la disposición de una gran variedad de artistas y géneros musicales. Dada la especial naturaleza del pro-

ducto en el mercado, el alcance de la competencia basada en los precios parece ser limitada. Por ello, se hace necesario recurrir a otros parámetros, como pueden ser la difusión radiofónica, la aparición en medios de comunicación, giras de conciertos y otros elementos de promoción».

Para lograr una competencia efectiva en estos aspectos, el tamaño resulta un elemento esencial:

«31. Todas las grandes compañías poseen una colección suficiente-mente grande y variada en sus catálogos de donde extraen una parte muy significativa de su volumen de ventas. Este catálogo está compuesto por singles y álbums editados en años anteriores. La demanda sobre estos títulos del catálogo proporciona a las compañías una fuente de ingresos. Estos ingresos se obtienen sin los costes asociados a la promoción y el marketing de nuevos títulos.

32. Los ingresos que reporta el catálogo representan una valiosa fuente de financiación para la inversión artística y permiten a las grandes compañías asumir riesgos mayores comparados con los competidores de menor dimensión».

En definitiva, pues, la política de concentración empresarial al momento de analizar la compra de Virgin Music por parte de EMI en 1992 parece claramente orientada hacia la consecución de un nivel deseable de concentración empresarial.

B. DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 11 DE OCTUBRE DE 2000 (CASO NÚM. COMP/M.1845, A AOL/TIME WARNER)

Time Warner es una de las mayores empresas de contenidos de entretenimiento a nivel mundial. La operación sujeta a escrutinio de los órganos de defensa de la competencia supone, en este caso, el acuerdo con AOL como principal proveedor de acceso a Internet en los Estados Unidos. Como se puede claramente visualizar, se trata de una operación con efectos verticales (productor de contenidos y distribuidor), al revés de lo analizado en el caso anterior.

Se da la circunstancia en este caso de que AOL contaba ya con acuerdos con otro proveedor de contenidos como es Bertelsmann (a través de su discográfica BMG). La operación, pues, situaría a AOL en una situación privilegiada para «administrar» los contenidos de dos fuentes de producción musical (TW + BMG) que aproximadamente suman un 35 por 100 del mercado total.

La operación tiene su justificación por la necesidad de posicionamiento de las empresas en el creciente mercado de distribución musical

por Internet que permite su descarga directa por parte del usuario. Según la Comisión, existiría un gran riesgo de que AOL se convirtiera en «*guardián de este mercado naciente, dictando las condiciones para la distribución de ficheros audio en Internet*», considerando además que las empresas podían elegir un tipo de *software* de descarga musical compatible sólo con el reproductor de AOL (Winamp).

Según consta en el texto de la larga Decisión, se aprueba el acuerdo de concentración con algunas medidas correctoras destinadas a romper los lazos existentes entre Bertelsmann y AOL. En concreto, el apartado 95 establece los siguientes pactos:

— Determinación de un mecanismo de progresivo abandono del grupo Bertelsmann de AOL Europe y AOL Compuserve.

— Se toman medidas cautelares para garantizar que las relaciones entre AOL y Bertelsmann se desarrollarán en un marco de independencia hasta culminar este proceso de salida.

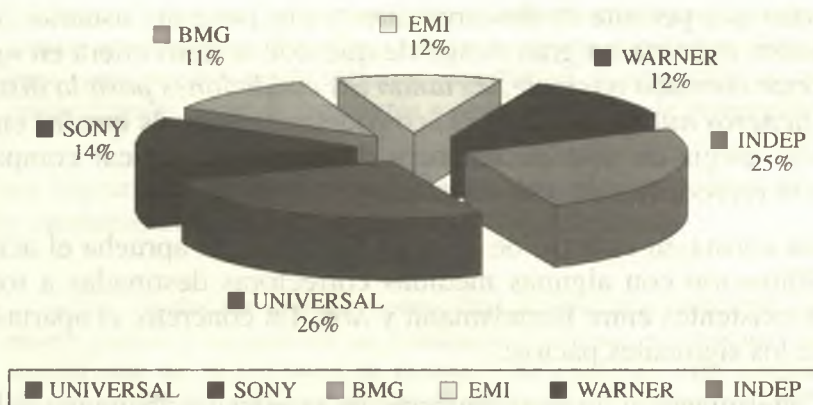
— AOL se compromete a no llevar a cabo ninguna medida restrictiva respecto a la utilización de *software* exclusivo o privilegiado para el acceso a la distribución de sus contenidos musicales. En este sentido, se garantiza que los potenciales consumidores de los contenidos de BMG dispondrán de mecanismos de acceso y descarga alternativos al sistema Winamp auspiciado por AOL.

La visión mucho más restrictiva de la Comisión al cabo de los años debe explicarse también por las diferencias sustanciales entre el caso EMI/Virgin y el presente. En primer lugar, los efectos de la fusión prevista son esencialmente verticales; en segundo lugar y a pesar de que las partes lo presenten de forma contraria, el mercado relevante no es el de la distribución musical en general, sino específicamente el de la distribución musical vía Internet; en tercer lugar, existe una relación privilegiada previa basada en una *joint venture* 50/50 de AOL con otro grupo de edición de contenidos como es Bertelsmann.

La fusión AOL/Time Warner pone de relieve los efectos anticompetitivos que pueden aparecer cuando una empresa posee una determinada tecnología de acceso que le permite ejercer un control significativo sobre el acceso al mercado («*gate keeper role*»).

C. NOTIFICACIÓN DE FUSIÓN ENTRE SONY/BMG (CASO NÚM. COMP/M.3333 SONY/BMG)

Los datos del ejercicio 2002 del mercado musical mundial presentan una distribución porcentual según datos de la propia industria en los siguientes términos:



En un primer momento, en el año 2000 se barajó la posibilidad de un acuerdo de concentración entre Time Warner y EMI. La posibilidad coincidía en el tiempo con el expediente antes presentado de concentración entre AOL y Time Warner y las fuertes críticas de asociaciones de consumidores y distribuidores hicieron fracasar la unión entre gigantes discográficos. En opinión de la misma Comisión, «*en el sector de la edición musical, Time Warner y EMI controlarían con mucha diferencia el mayor número de contratos musicales del mundo, lo que les situaría a una gran distancia de su inmediato competidor. Es altamente probable que Time Warner/EMI ostentaría una posición de dominio en este negocio*» [Boletín UE 6/2000, Competition (9/35)].

Con un descenso generalizado del negocio y a la vista de las estrategias de consolidación de otros operadores, SONY y BMG presentaron en enero de 2004 la notificación previa al proceso de concentración entre las dos empresas basado en un intercambio de activos sin acuerdo de pago en metálico por ninguna de las partes. Al mismo tiempo, existe noticia de las conversaciones entre EMI y Warner para retomar los acuerdos de fusión que se abortaron en el año 2000 precisamente por problemas de competencia.

A la vista de lo expuesto, es indudable la existencia de una ola de concentración en el subsector cultural de la edición y distribución musical en Europa. Habrá que esperar la tramitación y resolución de los expedientes para analizar cuál de las dos vías de promoción de la diversidad cultural eligen las autoridades de defensa de la competencia. Éste es, pues, sin duda un banco de pruebas importante para la definición de la excepción cultural en los casos de defensa de la competencia.

En cualquier caso, IMPALA —la asociación de productoras musicales independientes—, en su comunicado de prensa de 7 de noviembre de 2003 (www.impalasite.org), indica sin tapujos que las concentraciones previstas causarán un gran daño a la competencia y la creatividad de las empresas, reducirán las posibilidades de elección del consumidor y

podrán en peligro la diversidad cultural. En la solución de los casos planteados tendremos un inmejorable campo de análisis para determinar la operatividad de la excepción cultural en la política comunitaria de defensa de la competencia.

Los varios casos examinados permiten extraer una cierta dinámica acerca de la aplicación del Derecho de la competencia. Las concentraciones tomadas individualmente no son especialmente problemáticas desde el punto de vista de la aplicación del art. 2 del Reglamento de concentraciones. El problema puede aparecer cuando la concentración sobre los contenidos se combina con la existencia de mecanismos de restricción de acceso que pueden desembocar en prácticas discriminatorias. La revolución tecnológica ha desplazado el énfasis competitivo sobre los contenidos hacia los canales de distribución.

La posición de la Comisión se centra, pues, en garantizar el acceso a los mercados, mediante la imposición de condiciones severas a las concentraciones (algunas de ellas como la EMI/Time Warner fue abandonada por la dureza de las condiciones). Cuando la concentración de los contenidos va acompañada de la posible limitación de las vías de acceso al mercado (*gate keeper issue*), la aplicación del Derecho de la competencia debe ser especialmente vigorosa.

En otras palabras, el sector de las industrias culturales presenta un proceso de integración explicable en parte por las transformaciones tecnológicas. De por sí la integración no supone una amenaza al funcionamiento de los mercados. Sin embargo, cuando la posición dominante se refuerza con el control de los mecanismos de acceso, los mercados necesitan de la intervención del Derecho de defensa de la competencia.

En estrecha relación con el acceso a los contenidos, aparece el problema del control de los canales de distribución (*path issue*). En este caso, no se trata de controlar los derechos sobre los contenidos de manera anti-competitiva, sino de cerrar los canales de distribución a la presencia proveedores³⁰.

6. ALGUNOS EJEMPLOS DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

A. CASO WEA-FILIPA CCHI MUSIC S. A., DECISIÓN DE LA COMISIÓN 72/480/CE DE, 22 DE DICIEMBRE DE 1972³¹

La empresa WEA-Filipacchi Music S. A. efectúa la actividad de proveedor mayorista de discos de varios sellos discográficos para varios distri-

³⁰ Éste es el caso, por ejemplo, que presenta la operación de concentración entre Vivendi Universal, Canal + y Seagram, caso COMP/M 2050, de 13 de octubre de 2000.

³¹ DOCE, L 303, de 31 de diciembre de 1972.

buidores en Francia. En 1972, remite una circular a sus clientes advirtiéndoles de que es la única detentadora de los derechos de exportación de sus productos y pidiéndoles que firmen un compromiso de exclusividad con ella a fin de evitar la posibilidad de reexportar sus productos a Alemania, donde el precio de los discos es sustancialmente más alto. WEA distribuye los mismos títulos a un precio de 14,27 marcos en Alemania y de 14,31 francos en Francia a través de sendas filiales, lo que significa, tomando en cuenta el tipo de cambio, un incremento de más del 100 por 100).

La circular transmitida y devuelta firmada por los distribuidores franceses constituye un acuerdo entre empresas contrario al Derecho comunitario de defensa de la competencia y no puede ampararse bajo la pretendida obligación contractual que tiene WEA con las sociedades de autores nacionales.

La Comisión considera que los acuerdos destinados a prohibir la reexportación de discos distribuidos en Francia por WEA-Filipacchi hacia otros Estados miembros tienen por objeto restringir la competencia que los distribuidores franceses podrían ejercer en el mercado alemán.

B. CASO FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES DE CINE. SENTENCIA TJCE DE 4 DE MAYO DE 1993³²

El caso tiene su origen en una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español en relación con la compatibilidad con el Derecho comunitario del Real Decreto Legislativo 1257/1986, de 13 de junio. Según esta disposición, las empresas distribuidoras de películas de cine podrán distribuir películas comunitarias libremente. Cuando se trate en cambio de películas de países terceros, la licencia de doblaje se somete al cumplimiento de una cuota a favor del cine español. De esta manera se concederán hasta cuatro licencias de doblaje por cada película española que se acredite como contratada para su distribución. Según el literal de la norma:

«a) *La primera licencia se concederá cuando el Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales tenga notificación de haberse iniciado el rodaje de una película española previamente contratada por el distribuidor solicitante de la licencia. Esta licencia quedará automáticamente anulada si la película no se presenta a la calificación dentro de los doscientos días siguientes al de inicio de rodaje.*

b) *La segunda, tercera y cuarta licencia se otorgarán cuando se acredite que dicha película ha logrado unos ingresos brutos de taquilla de treinta, sesenta y cien millones de pesetas respectivamente».*

³² Asunto C-17/92, Rec., 1993, I-2239.

Como puede apreciarse, se trata de una medida proteccionista que sujeta la concesión de licencias de doblaje y distribución de películas de países terceros no sólo a una proporción de exhibición de cine español, sino incluso al resultado económico de esa película nacional.

Ante la duda respecto a la legalidad de la medida, el Tribunal de Justicia se pronuncia en los siguientes términos. En primer lugar, se declara que la explotación en salas o televisión de películas a cambio de una remuneración constituye una actividad de prestación de servicios que reviste carácter transfronterizo. En segundo lugar, a pesar de que la sujeción a licencia de una actividad como la descrita es perfectamente legal, la restricción que plantea la norma española es discriminatoria, puesto que favorece exclusivamente la producción nacional. Al vincular la concesión de licencias de doblaje de películas procedentes de terceros países al rodaje y la distribución de películas españolas, el RD Leg. favorece a los productores españoles y discrimina a los productores establecidos en otros Estados miembros que pretenden distribuir también sus películas en España. Esta medida privilegia de manera ilegal la producción nacional. De hecho, este obstáculo podría salvarse vinculando la licencia de doblaje a la exhibición de una obra europea en vez de una obra española. En tercer lugar, interesa analizar el razonamiento de la sentencia respecto a la posible justificación de la medida:

«las normativas nacionales que no son indistintamente aplicables a las prestaciones de servicios, cualesquiera que sea su origen, sólo son compatibles con el Derecho comunitario si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción. Los objetivos de carácter económico no pueden constituir razones de orden público a los efectos de dicho artículo. Sin duda alguna, el RD Leg. persigue tal objetivo económico, ya que al tratar de garantizar la distribución de un gran número de películas nacionales asegura a los productores de dichas películas recaudaciones suficientes. No obstante, el Gobierno español alegó que el RD Leg. perseguía un objetivo cultural, a saber, proteger la producción cinematográfica nacional».

En definitiva, constatado el carácter discriminatorio y los efectos económicos del mismo, sólo quedaba la justificación de tratarse de una medida de política cultural. El Tribunal, de manera lacónica, establece que no puede acogerse la alegación. La política cultural no figura entre las excepciones a la libertad de prestación de servicios del art. 56. Ni siquiera en el caso de ésta figurara, no podría considerarse que la medida es de política cultural, ya que se favorece la distribución de películas nacionales «cualquiera que sea su contenido o su calidad».

Por tanto, para poder considerar el palmario obstáculo a la libertad de prestación como política cultural, no basta con hacer una apelación genérica al cine. Sería necesario, según el Tribunal, que la medida beneficiara a determinados tipos de películas según su contenido o calidad (por ejem-

plo, cine experimental, de autor o según la definición comunitaria, películas difíciles (*sic*). En definitiva, no toda la política cinematográfica puede incluirse dentro de la política cultural. En ausencia de otras especificaciones, la concesión de licencias de doblaje de películas procedentes de países terceros y la distribución de películas nacionales persigue un objetivo de carácter puramente económico.

En este sentido, merece la pena destacar cómo el Tribunal va más allá incluso de las medidas liberalizadoras del GATT. Ese acuerdo, en su art. IV de la parte segunda, permite cuotas de pantalla que supongan la exigencia de exhibición de un número determinado de películas nacionales con relación al tiempo total de pantalla, sin exigir ninguna característica cultural a la obra. La UE impone en su interior una política sustancialmente diferente a lo que defiende en foros multilaterales internacionales.

C. ACUERDOS EXCLUSIVOS DE DISTRIBUCIÓN DE PELÍCULAS DE CINE.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN 89/467/CEE, DE 12 DE JULIO DE 1989³³

En 1981 tres grandes *majors* norteamericanas crearon la UIP como filial de distribución de sus productos en Europa. UIP, pues, ostenta los derechos exclusivos de distribución de películas en las salas de cine. La Comisión notificó que el acuerdo de distribución podía cuestionar la independencia de la oferta y que esta restricción a la competencia no se justificaba por ninguna razón de interés general³⁴.

La Comisión concedió una exención en virtud del art. 85.3 para los acuerdos de creación de UIP. La excepción alcanzaba un límite temporal de cinco años hasta 1993. Transcurrido ese tiempo, se debería de reexaminar el acuerdo. Cabe destacar cómo en este primer procedimiento de exención no se presentó ninguna alegación en contra no por parte de productores o distribuidores, explotadores o los mismos consumidores. UIP ostentaba el 22 por 100 del mercado europeo. Según la Comisión, el acuerdo UIP permite racionalizar la distribución en un mercado cinematográfico en declive (el número de entradas vendidas en los cines europeos disminuyó entre 1970-1986 en un 40 por 100 mientras aumentaba considerablemente la distribución en formato vídeo y el sector del cable).

Con este acuerdo se consigue una mayor eficiencia pues se reducen los costes inherentes a la distribución y se asegura al consumidor la disponibilidad y la regularidad de la oferta. La integración en una filial común asegura la distribución en Europa de los productos de las empresas, puesto que no existe a nivel comunitario ninguna estructura de distri-

³³ DOCE, L 226, de 3 agosto 1989.

³⁴ L. DEFALQUE, «Les concentraion des sociétés américaines de production dans la Communauté européenne», C. DOUTRELEPONT, *L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Bruselas, Bruylant, 1994.

bución independiente (las existentes se encuentran integradas verticalmente con otras productoras). Además, la cuota de mercado del 22 por 100 no pone en riesgo la competencia en el sector. El logro de una mayor eficiencia por parte de las empresas americanas, sin embargo, contrasta fuertemente con la creación de una barrera para las producciones locales. De esta manera, la exención tiene como consecuencia negativa para el consumidor la reducción efectiva de la diversidad de los productos que puede elegir. Después de 1989, el número de películas ofertadas en las salas de cine de la Comunidad ha disminuido.

¿Han cambiado las circunstancias que avalaron ese acuerdo de distribución exclusiva? Se puede pensar efectivamente que la proporción de cine europeo ha disminuido a lo largo de los años aunque la evolución general no sólo es atribuible a los acuerdos de exención de UIP. El éxito del cine americano puede atribuirse a la existencia de un sistema de distribución eficiente, pero también a una mayor accesibilidad a la producción, así como a las preferencias del público mismo.

De todas formas, la negativa al acuerdo de distribución exclusiva en el caso UIP conllevaría sólo un aumento de la dependencia entre la sociedad suministradora de contenidos y su canal de distribución. Dicho en otras palabras, la alternativa a los acuerdos de distribución podría ser un refuerzo de la dinámicas de integración vertical del sector.

La decisión UIP ha sido objeto de renovación en 1999 por parte de la Comisión en términos prácticamente idénticos³⁵.

D. INTEGRACIÓN VERTICAL EN LA DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA. EL *BLOCKBOOKING*

En todos los países UE (15) a excepción de Holanda, los distribuidores de películas están presentes también en la exhibición de las mismas.

TABLA 3
INTEGRACIÓN VERTICAL EN VARIOS PAÍSES UE

	<i>Empresas integradas verticalmente</i>	<i>Cuota de mercado (distribución) (%)</i>	<i>Cuota de mercado (exhibición) (%)</i>
Alemania	Warner Neue Constantin	40,0	6,0
Bélgica	Hemelaer Indep. Films Cine-libre	25,0	12,0

³⁵ DOCE, C 205, de 20 de julio de 1999.

	<i>Empresas integradas verticalmente</i>	<i>Cuota de mercado (distribución) (%)</i>	<i>Cuota de mercado (exhibición) (%)</i>
Dinamarca	Warner Camera Metronome	31,7	48,5
España	Cinesa Lauren Films	25,0	13,0
Francia	UGC Gaumont Pathé	30,2	33,5
Grecia	Elke Spentzos Prooptiki	13,5	15,0
Irlanda	Ward Anderson	12,0	47,0
Italia	Cinema Cinque Istituto Luce	37,5	3,3
Portugal	Lusomundo Castelo Lopes	60,0	65,0
Reino Unido	UIP Warner Rank	51,0	71,6

Fuente: White Book of the European Exhibition Industry, Media Salles Survey, 1992.

Los mercados analizados presentan varios grados de integración vertical. Así, los más destacados son Reino Unido y Portugal. En grado intermedio se encuentran Irlanda, Dinamarca y Francia. Dinamarca, a diferencia de Irlanda y Francia, cuenta con un operador norteamericano. La integración es menos pronunciada en los mercados español, belga y alemán. Para Grecia y Italia, los datos no son suficientemente concluyentes, pues la integración se desarrolla a través de acuerdos informales (*alignements*) que suponen también una forma indirecta de integración vertical. Lo mismo puede decirse para España respecto a la exhibición en ciudades pequeñas. Según las conclusiones del estudio: *«Incluso si las salas que son propiedad de las distribuidoras no están obligadas a proyectar películas propias, el acceso de las películas independientes a las pantallas se dificulta con la práctica de la integración vertical. A pesar de la fuerte indicación de la existencia de la integración vertical, el estudio demuestra que los operadores restringen el acceso para las películas de gran éxito. Así, ante una de estas películas, la distribuidora da preferencia a sus salas en detrimento de otras. De todas formas, en la mayoría de casos, la dificultad que pueden afrontar las salas para obtener películas no proviene de las limitaciones debidas a la restricción verti-*

cal, sino del escaso interés del distribuidor por salas que no sean muy rentables o por el hecho mismo que se ponen en circulación relativamente pocas copias de la película».

La cuestión de la exclusividad de la programación entre distribuidora y exhibidora no se regula en ninguno de los países examinados. En la mayoría de los países, esta práctica restrictiva se puede controlar mediante la aplicación de la legislación general de defensa de la competencia.

Para el caso italiano, merece la pena destacar el proyecto de ley de disposiciones para favorecer la circulación de las obras cinematográficas³⁶. Entre otras medidas destinadas a limitar la concentración de la fase de exhibición del sector, destaca la propuesta de introducción de límites máximos de presencia del distribuidor en la fase de exhibición de manera que ningún distribuidor podría ocupar una cuota de exhibición superior al 25 por 100 de los días anuales de programación de la sala. La norma intenta impedir que las salas de exhibición reserven a determinadas distribuidoras la exhibición exclusiva de sus películas. De todas formas, el porcentaje del 25 por 100 parece bastante arriesgado, puesto que la presencia en las pantallas podría alcanzarse ya con la cuota de mercado de cada una de las distribuidoras principales (20th Century Fox 19 por 100; Cecchi Gori, 17 por 100; UIP; 16 por 100, y Medusa 14 por 100)³⁷.

La integración vertical puede producir efectos perjudiciales de la competencia tanto en el aspecto *intra-brand* como *inter-brand*:

— Limitación *intra-brand*: se produce entre las salas exhibidoras respecto a un mismo producto. De esta manera, las salas integradas verticalmente pueden ofrecer películas comercialmente atractivas en desventaja de otras salas. Esto, por ejemplo, ocurre entre salas de grandes ciudades y salas de localidades pequeñas. El acuerdo de integración permite a la sala dependiente exhibir primero la película de manera que el público se desplace a la ciudad de ver la película. El acuerdo hace que una misma película se proyecte en menos salas que en situación de mercado.

— Limitación *inter-brand*: se produce entre varias películas. Mediante la integración vertical, las distribuidoras favorecen determinadas salas y aseguran el canal de distribución con lo cual reducen la competencia entre ellas.

Otra manifestación de la distorsión que puede suponer la integración vertical es el llamado *blockbooking* (o *blockbundling*). Esta práctica consiste en la contratación por paquetes mediante los cuales la distribuidora ofrece una película de grandes márgenes de explotación y beneficio comercial a cambio de contratar otro paquete de películas menos renta-

³⁶ Disegno di legge governativo recante Disposizioni per favorire la circolazione delle opere cinematografiche, AC6467/2000.

³⁷ O. MAIN, «La tutela de la concorrenza nel settore cinematografico», *AEDON, Rivista de arti e diritto on line*, 1/2000, www.aedon.mulino.it/archivio/2000/1/main.htm.

bles. Se trata, por tanto, de una práctica consistente en negociar un grupo de películas, lo que obliga al exhibidor a aceptar dentro de una misma transacción productos que de otra forma no contrataría.

Desde el punto de vista de la eficiencia competitiva, el éxito de una sala de cine proviene de su capacidad para atraer público mediante una adecuada selección de las películas que se proyectan. El *blockbooking* reduce esta eficiencia. Además, ciertas distribuidoras que no cuenten con películas seguras (*blockbusters*) tendrán mucho más difícil el acceso al mercado. La demanda de la audiencia se convierte en buena medida en irrelevante ya que la relación de mercado se produce entre el productor y distribuidor (oferta) y el exhibidor (demanda).

La autoridad italiana de defensa de la competencia ha examinado estos supuestos en los expedientes 7597, de 13 de octubre de 1999, y 7833, de 16 de diciembre de 1999³⁸.

En definitiva, no existe a nivel europeo el enfoque pro-competitivo adoptado en el famoso caso *US c. Paramount Pictures et al.* (US 334 US 1 de 1948), a raíz de cuya sentencia se obligó la desintegración vertical de la industria del cine y se separaron las distintas fases productivas. Ello obligó a las *majors* a desprenderse de cerca de 3.000 salas. Es cierto que alguna de las restricciones impuestas se ha relajado en la actualidad, pero sigue siendo un ejemplo válido de una acción decidida del Derecho de la competencia a favor de la diversidad cultural.

E. GESTIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.
 INFORME DE LA MONOPOLIES AND MERGER COMMISSION
 SOBRE *PERFORMING RIGHTS* (1996) Y *MUSIC ONLINE*
COMPETITION ACT DE 2001 (USA)

El mercado discográfico presenta una notable complejidad por la afectación de los derechos de propiedad intelectual de los varios elementos que intervienen en el mercado. La MMC, en su informe de 1996 sobre *Performing Rights*, considera que existe una situación de monopolio natural con respecto a las sociedades de gestión de los derechos colectivos. Lo que conocemos como derechos de autor agrupa una gran cantidad de derechos de explotación que es imposible gestionar de manera individualizada por cada uno de los autores. De esta manera, las sociedades de gestión constituyen una restricción a la competencia que, sin embargo, se justifica por la existencia de un interés público.

Los costes de transacción de la gestión de los derechos se reducen considerablemente por la existencia de entidades de gestión que facturan una tarifa única para todo el repertorio (*blanket licensing*). Este sistema

³⁸ *Boll.* 41/1999 y 50/1999, respectivamente, disponibles en www.agcm.it.

funciona también a nivel internacional de manera que se pone a disposición un conjunto de obras universales mediante el pago correspondiente a las sociedades de gestión nacionales.

La MMC considera que las ventajas de la administración en monopolio de este conjunto de derechos opera a favor del interés público y que el aumento de la eficiencia prevalece sobre el problema de la fijación monopolista de los precios. Como garantía, existe la posibilidad de recurso al Copyright Tribunal para prevenir la fijación de precios abusivos³⁹.

Sin embargo, este sistema de gestión monopolista se basa en la atribución en exclusiva de los derechos de explotación a una sociedad de gestión. El sistema fue cuestionado por la demanda del grupo U2 ante la Office of Fair Trading. El mismo argumento se reproduce en el caso de la sociedad de gestión alemana GEMA, cuya práctica de exclusividad ha sido cuestionada por vulneración de las normas europeas de competencia.

El mismo problema de la exclusividad se aborda en Estados Unidos mediante la promulgación de la *Music Online Competition Act* en 2001. La sección 4 de la Ley establece que

«si el propietario de los derechos de propiedad intelectual de una grabación concede la licencia de explotación a una entidad para su distribución al público o para la venta de un disco, el propietario deberá ofrecer la misma licencia en condiciones no menos favorables a otras entidades que presten servicios similares».

De esta manera, la norma intenta suplir las lagunas que presenta el Derecho de la competencia en esta materia. Las licencias exclusivas en materia de propiedad pueden dar lugar a barreras de entrada en el sector de la música *online* y el fin de la exclusividad evitar la práctica de conductas paralelas mediante la concesión recíproca de licencias que hagan evolucionar el mercado hacia estructuras oligopolísticas. La experiencia americana debería tomarse en consideración por las autoridades europeas de defensa de la competencia.

7. RECAPITULACIÓN

Los mercados no pueden ni deben efectuar nuestras decisiones en materia de consumos culturales. El mercado no es un mecanismo adecuado de control de la calidad de la producción cultural. La política cultural debe, en cambio, tener en cuenta la necesidad de mantener la diversidad y pluralidad de la oferta y garantizar así el acceso de los ciudadanos. En

³⁹ Ver, para el caso español, C. PADRÓS REIG, «Derechos colectivos de propiedad intelectual y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia* 2000.

este aspecto, los mercados juegan un papel relevante y el Derecho de la competencia supone un instrumento de intervención fenomenal.

En el mismo sentido, y en el debate sobre el comercio internacional, el dilema entre libre circulación de productos culturales y preservación de la identidad nacional (excepción cultural) puede resolverse con la aplicación del Derecho de la competencia. La persecución de prácticas contrarias a la competencia puede devolver un mayor grado de pluralidad a la oferta cultural sin recurrir al nacionalismo cultural y el proteccionismo consiguiente. En definitiva, una libre competencia genuina puede ser un instrumento muy eficaz para materializar el concepto de la diversidad cultural.

Ello supone, seguramente, modificar las tradicionales técnicas de fomento público de la cultura basadas en la subvención del producto o la imposición de cuotas por mecanismos que no alteren la competencia y aumenten la competitividad de la industria. Una mayor fortaleza en este aspecto constituye la mejor garantía de diversidad cultural.

A pesar de la debilidad de la formulación jurídica del Derecho comunitario con respecto a la cultura, existe una cláusula transversal que obliga a las distintas políticas a tener en cuenta los aspectos culturales que puedan derivarse de sus acciones (o inacciones añadimos nosotros). La política comunitaria de defensa de la competencia no queda al margen de esta obligación.

La aplicación práctica de esta cláusula transversal es algo decepcionante si consideramos la escasa atención de la política de defensa de la competencia en casos tan significativos como la fijación de precios en el sector editorial, los acuerdos de integración vertical en la distribución cinematográfica o la gestión de los derechos colectivos de propiedad intelectual. En todos estos casos, las prácticas anticompetitivas, lejos de demostrar un efecto beneficioso para la cultura, protegen los grandes grupos en detrimento de la diversidad y el acceso de los ciudadanos.

La especialidad económica de las industrias culturales debe proyectarse sobre los métodos de intervención y regulación de los mercados. En este sentido, el Derecho de la competencia puede convertirse en un instrumento importante de una política cultural enfocada a garantizar la diversidad de manifestaciones culturales, a través tanto del examen de las concentraciones como de la vigilancia y sanción de prácticas restrictivas dudosamente fomentadoras de la diversidad cultural.

En el sector editorial se constata la existencia de una restricción vertical entre editores y distribuidores en la forma de fijación de los precios de venta de los libros. Esta práctica ha sido recientemente amparada por la Resolución del Consejo de 12 de febrero de 2001. La restricción vertical, de por sí ya cuestionable, se acompaña con un creciente proceso de concentración editorial, lo que desemboca en la actualidad en una doble barrera de entrada al sector.

En estrecha relación con lo anterior, las industrias culturales experimentan en los últimos tiempos un notable proceso de concentración debido a la necesidad de reducción de riesgos y control del mercado. En este sentido, la diversificación empresarial hace aumentar la incertidumbre económica, a pesar de que constituye un pilar esencial de la diversidad cultural. Las concentraciones (especialmente en el sector de los contenidos) no son especialmente preocupantes si no van unidas a un control de los mecanismos de acceso al mercado.

Finalmente, la distribución de los contenidos culturales presenta numerosos ejemplos de prácticas restrictivas que reclaman una mayor atención de las autoridades de defensa de la competencia. Es cierto que el sector de las industrias culturales debe ser tratado de forma específica en cuanto a la regulación de su mercado. Sin embargo, ello comporta en muchos casos la necesidad de aplicación de normas de competencia más vigorosamente si cabe que en el resto de actividades económicas.

PARTICIPACIONES MINORITARIAS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Oriol ARMENGOL I GASULL

Álvaro PASCUAL MORCILLO

Abogados. Pérez-Llorca

Las operaciones en virtud de las cuales una empresa adquiere en el capital de otra entidad una participación minoritaria¹ han recibido una atención relativamente limitada en el Derecho de la competencia. Sin embargo, la teoría económica ha demostrado que en no pocas ocasiones la adquisición por una empresa de una participación minoritaria en un competidor (real o potencial) puede tener efectos significativos no sólo en la estructura del mercado en el que se produce, sino también en el comportamiento competitivo mismo de las empresas involucradas en la operación.

El objetivo del presente artículo es evaluar en qué medida nuestro ordenamiento es adecuado para controlar eficazmente las alteraciones a la competencia derivadas de las adquisiciones de participaciones minoritarias. Así, en una primera parte, se ofrece una visión general de las principales aportaciones de la teoría económica en relación con los efectos anticompetitivos de este tipo de operaciones. A continuación, partiendo de los citados presupuestos económicos, se realiza un análisis crítico de su tratamiento jurídico tanto en el ordenamiento comunitario como en el español.

¹ Ante todo, se impone una aclaración terminológica: en el presente trabajo, salvo que se indique lo contrario, la expresión «participaciones minoritarias» se refiere a aquellas participaciones en el capital de una sociedad (ya sea en forma de acciones o de participaciones en sentido estricto) que no confieren control sobre ésta en el sentido del Reglamento 139/2004 y de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración. Ello nos obliga a excluir algunas figuras cercanas, como la emisión de deuda, que pueden tener efectos anticompetitivos similares a los de las participaciones minoritarias; ver entre los trabajos más recientes sobre esta cuestión, KAISER, «Debt Investments in Competitors under the Federal Antitrust Laws», *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*, 9, 2004, p. 605. Sobre la idoneidad de esta expresión para abarcar la riqueza de situaciones contempladas, y en general por su evidente relación con el objeto de este artículo y su estimulante crítica del concepto de control como fundamento del sistema de control de concentraciones comunitario, ver JIMÉNEZ LAIGLESIA y JIMÉNEZ LAIGLESIA, «Controversias sobre el control», *Anuario de la Competencia* 2003.

1. LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS

A. LA TEORÍA DEL DAÑO ANTICOMPETITIVO

La teoría económica ha puesto de manifiesto que las adquisiciones de participaciones minoritarias en empresas competidoras pueden llevar a resultados subóptimos desde el punto de vista competitivo. Ello puede deberse al incremento de las oportunidades para coludir a través de intercambios de información, pero puede obedecer también a un cambio en los incentivos para competir de la empresa participante y de la participada que derive en el establecimiento de precios supracompetitivos. Las participaciones minoritarias también pueden facilitar la colusión proporcionando estabilidad y rentabilidad a los cárteles. El presente apartado esboza, sin ánimo de exhaustividad, las principales aportaciones realizadas al respecto por la literatura económica con el fin de demostrar que, en efecto, las operaciones de adquisición de participaciones minoritarias son susceptibles de alterar las condiciones de competencia del mercado en el que operan las empresas afectadas por las mismas.

a) *Intercambios de información*

El efecto anticompetitivo más evidente de las adquisiciones de participaciones minoritarias se produce en aquellos casos en los que, precisamente como consecuencia de su participación minoritaria, la empresa adquirente tiene un representante en el consejo de administración de la empresa competidora participada, lo cual le permite acceder a información competitiva relevante (precios, cantidades, inversiones, etc.). Se trata de un supuesto clásico de intercambio de información sensible, que será no obstante menos probable en situaciones en las que la participación minoritaria no dé derecho a representación en los órganos de gestión o gobierno de la empresa participada.

b) *Efectos no coordinados*²

i) El cambio de incentivos derivado de la participación minoritaria

En mercados oligopolísticos con barreras de entrada, las condiciones de competencia se pueden degradar no sólo por la reducción del número de competidores o por la colusión entre los operadores existentes, sino

² En el estudio de estos efectos, se presume que las empresas no coluden ni expresa ni tácitamente.

también por la adquisición de participaciones minoritarias en el capital social de empresas competidoras. Estudios basados en modelos de Cournot demuestran que, en estos mercados, la adquisición de participaciones minoritarias en competidores (incluso si son reducidas) puede conducir a una menor producción agregada y mayores precios que los que se darían en ausencia de dichas participaciones³. REYNOLDS y SNAPP califican este resultado de puramente «estructural», en el sentido de que no deriva de mayores oportunidades para coludir ni de un cambio en la concentración del control, sino que proviene exclusivamente de que la participación minoritaria lleva aparejada una correlación entre los beneficios de los competidores, llevándoles a competir de manera menos agresiva.

Este efecto sobre la producción agregada y los precios no requiere que todas las empresas presentes en el mercado estén vinculadas entre sí a través de participaciones minoritarias, ya que se puede observar incluso cuando sólo una de las empresas presentes en el mercado invierte en un competidor⁴. Por otra parte, se ha demostrado que, si bien la participación minoritaria en un competidor incentiva a los demás competidores a incrementar su propio *output* en respuesta al aumento de precio, este incremento no impide que el *output* disminuya a nivel agregado⁵.

Debe advertirse que el efecto de reducción del *output* aquí descrito puede verse compensado por una asignación más eficiente de los recursos productivos. Al respecto, FARRELL y SHAPIRO sugieren que cuando empresas pequeñas adquieren participaciones minoritarias en empresas de mayor tamaño, si bien el *output* se desplaza hacia el nivel de monopolio, el bienestar agregado es mayor, en el sentido de que se produce de manera más eficiente. En efecto, en tales casos, la empresa pequeña reducirá su *output*, mientras que la empresa participada aumentará el suyo, siguiendo las pautas descritas anteriormente. Teniendo en cuenta que, en principio, las empresas de mayor tamaño tienen costes marginales más reducidos, la consecuencia de todo ello es que el *output* agregado se desplaza hacia empresas con menores costes marginales, lo cual puede compensar (siempre que —añadiríamos nosotros— los costes se trasladen convenientemente al consumidor) el menor *output* agregado y el mayor precio derivado de la participación minoritaria⁶. Este efecto parece menos probable si quien adquiere la participación minoritaria es una empresa con menores costes marginales en una empresa de menor tamaño.

Los efectos agregados aquí descritos tienen su origen en el cambio de incentivos que la participación minoritaria produce tanto en la empresa adquirente como en la empresa participada. Desde el punto de vista de la

³ REYNOLDS y SNAPP, «The competitive effects of partial equity interests and joint ventures», *International Journal of Industrial Organization*, 4, 1986, p. 141.

⁴ GILO, «The anticompetitive effect of passive investment», *Michigan Law Review*, 99, 1.

⁵ FARRELL y SHAPIRO, «Asset ownership and market structure in oligopoly», *RAND Journal of Economics*, vol. 21, núm. 2, 1990.

⁶ FARRELL y SHAPIRO, *op. cit.*

primera, la participación minoritaria crea un interés financiero, entendido como el derecho a percibir una parte proporcional de los dividendos distribuidos por la empresa participada. Dicho interés financiero afecta a los incentivos de precios de la empresa adquirente, pues le permite maximizar sus beneficios aumentando el precio de sus propios productos a sabiendas de que al menos una parte de la demanda que dejará de adquirirlos (sus consumidores marginales) se desplazará hacia la empresa competidora participada, de tal manera que aumentarán los beneficios de ésta y, por ende, el beneficio de la adquirente derivado de la participación minoritaria ⁷.

En cuanto al efecto de una participación minoritaria sobre los incentivos de la empresa participada, éstos no dependen de ningún interés financiero, sino del grado de control que la adquirente ejerza sobre la participada. En efecto, al realizar su cálculo de maximización de beneficios, la empresa participada sólo se verá incentivada a aumentar sus precios (perdiendo así clientes que se desplazarán hacia sus competidores, incluida la empresa adquirente) si la adquirente tiene la posibilidad de determinar las decisiones de precios de la participada. O'BRIEN y SALOP (*op. cit.*) describen varios modelos en los que, dependiendo del grado de influencia sobre la participada (desde una situación de inversión «pasiva», sin ninguna influencia, hasta la del control total o influencia decisiva, pasando por los casos de «control parcial»), sus incentivos de precios pueden verse más o menos afectados.

ii) Variaciones de la teoría del daño competitivo

El efecto de reducción del *output* previsto por REYNOLDS y SNAPP no se da (al menos no en todos los casos) cuando la participación minoritaria se adquiere en una empresa activa en un mercado posterior al de la empresa adquirente. FLATH ha demostrado que dos oligopolios de Cournot relacionados verticalmente producen más *output* cuando las empresas

⁷ O'BRIEN y SALOP, «Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control», *Antitrust Law Journal*, 67, 2000, p. 559. Los autores proponen un ejemplo sencillo para ilustrar este efecto: la empresa A, con 16 clientes, con un precio maximizador de beneficios (es decir, el precio máximo que puede imponer sin que parte de su demanda se desplace a un competidor) de 100 dólares, y un margen sobre cada venta de 20 dólares, adquiere una participación del 25 por 100 en la empresa B, con un margen sobre ventas de 40 dólares. Suponiendo que si A incrementa sus precios un 2,5 por 100 (a 102,5 dólares) perderá dos clientes, de los cuales uno dirigirá sus compras a B, se produce el resultado siguiente: A perderá 40 dólares (20 por cada cliente perdido) pero ganará otros 35 (2,5 dólares por cada uno de los catorce clientes que le quedan), por lo que, en principio, el aumento de precio le reportará una pérdida neta de 5 dólares. Por su parte, B ganará 40 dólares más gracias al cliente perdido por A; de esos 40 dólares, un 25 por 100 (es decir, 10 dólares) corresponde como dividendo a A por su participación en B, por lo que el aumento de precio reporta a A una ganancia neta de $10 - 5 = 5$ dólares. Por tanto, la participación financiera en B incentiva a A para incrementar sus precios en vez de recortarlos para ganar clientes a sus competidores.

del mercado anterior poseen participaciones minoritarias en las del mercado posterior. Más difícil resulta, en cambio, prever la influencia de las participaciones minoritarias de empresas del mercado posterior en empresas del mercado anterior: bien reducirán el *output*, bien no tendrán ningún efecto sobre éste ⁸. La diferencia de efectos en función de que la participación minoritaria se tenga en la empresa del mercado anterior o en la del mercado posterior se explica, según este autor, porque las empresas del mercado anterior «juegan» primero, lo que les permite reducir el *output* (y, consiguientemente, incrementar el precio) unilateralmente, presentándolo como un hecho consumado a las empresas participadas que operan en el mercado posterior.

Otro efecto de las participaciones minoritarias en empresas relacionadas verticalmente es el descrito por GILO, entre otros, en el caso de empresas que, teniendo control sobre otra empresa, adquieren una participación minoritaria en un competidor de la empresa controlada y reducen su participación en esta última ⁹. Como demuestra este autor con un ejemplo numérico, cuanto menor sea el porcentaje de participación en la empresa controlada, mayores serán los incentivos de la empresa adquirente de la participación minoritaria en un competidor de la controlada para no imponer una estrategia competitiva en esta última. En efecto, si la empresa controlada se comporta de manera competitiva recortando sus precios respecto a sus competidores (entre los que se incluye la empresa participada) y la participación de la empresa que la controla no es muy elevada, esta última recibirá menores beneficios de la empresa participada (que perderá ventas frente a la empresa controlada) al tiempo que su parte en los beneficios de la empresa controlada (ahora mayores, debido a su estrategia competitiva) puede no ser suficiente para compensar su menor participación en los beneficios de la empresa participada ¹⁰. A estos efectos, es importante recordar que el control de una empresa no necesariamente lleva aparejada una participación importante, aun cuando esto sea lo más habitual.

O'BRIEN y SALOP llegan a la misma conclusión en un contexto similar: el de una empresa en común ¹¹ que compite en el mismo mercado que la empresa matriz que la controla, la cual posee una participación reducida en el capital de la empresa en común. Al igual que en el caso anterior, la empresa que controla la empresa en común puede verse incentivada a

⁸ FLATH, «Vertical integration by means of shareholding interlocks», *International Journal of Industrial Organization*, 7, 1989, p. 369. Este análisis parte de la presunción de que las transacciones entre empresas del mercado anterior y posterior se hacen sobre la base de valores de mercado (siguiendo el principio de *arm's length*).

⁹ GILO, *op. cit.*

¹⁰ Un efecto similar se produce, según el autor, cuando el administrador de una sociedad tiene una participación minoritaria en un competidor de dicha sociedad.

¹¹ Los autores definen la expresión «empresa en común» como una empresa propiedad de dos o más empresas (no como una empresa controlada conjuntamente por dos o más empresas, como se define generalmente esta expresión en Derecho comunitario de la competencia).

hacer que ésta incremente sus precios si las pérdidas de la empresa en común (de las que participará en una medida limitada) se ven más que compensadas por el incremento de sus propias ventas ¹².

iii) La relevancia de los incentivos para adquirir una participación minoritaria

El modelo de REYNOLDS y SNAPP confirma que la existencia de participaciones minoritarias entre competidores conduce a una reducción de la producción agregada, con la consecuencia de mayores precios y mayores beneficios a nivel agregado. En efecto, al igual que en el caso de una concentración, la adquisición de una participación minoritaria produce una externalidad positiva, ya que el aumento de precios que la compañía beneficia no sólo a las empresas vinculadas por dicha participación, sino también a sus competidores. A este respecto, REITMAN plantea que la inclinación de una empresa a adquirir participaciones minoritarias en sus competidores no viene determinada por un incremento del *output* agregado, sino que dependerá de qué proporción de los beneficios agregados pueda corresponderle ¹³. REITMAN demuestra que la combinación de múltiples acuerdos de participación minoritaria entre los competidores de un mercado puede permitir internalizar dicho efecto, llevando a un equilibrio en el que cada una de dichas participaciones es racional desde un punto de vista individual, dadas las participaciones de los demás competidores.

Es más, como advierte este autor, las participaciones minoritarias pueden utilizarse como instrumento para incrementar el poder de mercado de la empresa adquirente sin necesidad de concentrarse con la empresa participada, lo cual es particularmente cierto en dos situaciones. En primer lugar, en el caso de empresas que disponen de carteras de productos que se solapan sólo parcialmente, la adquisición de una participación minoritaria puede permitirles beneficiarse de los mayores rendimientos derivados de su interacción en los mercados de producto en los que se solapan (según el modelo explicado anteriormente), sin necesidad de fusionar todas sus líneas de producto ni de soportar los costes de reestructuración que acompañan a una concentración. En segundo lugar, las participaciones minoritarias pueden sustituir de manera aceptable a una concentración en aquellos casos en que los administradores prefieren mantener la autonomía de sus empresas. Del mismo modo, algunos estudios parecen confirmar que determinadas adquisiciones de participaciones minoritarias sólo pueden explicarse como instrumentos sustitutivos de acuerdos (entendidos en sentido amplio, es decir, incluyendo las con-

¹² O'BRIEN y SALOP, *op. cit.*

¹³ REITMAN, «Partial Ownership Arrangements and the Potential for Collusion», *The Journal of Industrial Economics*, vol. XLII, núm. 3, 1994.

centraciones que puedan obstaculizar significativamente la competencia) anticompetitivos ¹⁴.

c) *Efectos coordinados*

REYNOLDS y SNAPP también han puesto de manifiesto que la existencia de participaciones minoritarias entre los competidores de un oligopolio colusorio puede facilitar el mantenimiento y efectividad del cártel ¹⁵. Por una parte, dichas participaciones reducen el coste que suponen las posibles violaciones (*cheating*) del acuerdo colusorio (explícito o tácito) para los demás miembros y, por extensión, reducen los costes de vigilancia (*policing*) y castigo (*retaliation*) de dichas violaciones. Si la empresa díscola posee participaciones minoritarias en sus competidores, verá disminuidos sus incentivos para rebajar sus precios y violar con ello la disciplina del cártel, ya que una parte de las pérdidas de sus competidores se verá reflejada en un menor dividendo para ella. Dado el menor riesgo de violación del acuerdo, disminuyen también los costes asociados a la vigilancia y respuesta por parte de sus miembros ¹⁶.

En este punto, al igual que en el caso de los efectos no coordinados, interesa analizar no sólo las consecuencias, sino también los motivos por los que una empresa puede plantearse adquirir una participación minoritaria en un competidor como medio para facilitar la colusión con los demás competidores. En este sentido, RODRÍGUEZ sugiere que la adquisición de participaciones en un competidor permite a la empresa adquirente «señalar» a sus competidores que respeta el nivel de precio oligopolístico ¹⁷. En efecto, aun cuando una empresa no tenga intención de ser la primera en desviarse del acuerdo cooperativo, puede que sus rivales no estén convencidos de ello y, ante la duda, prefieran ser ellos los primeros en recortar el precio supracompetitivo. En esta situación, la adquisición de una participación minoritaria por parte de la primera empresa señala a las demás su compromiso futuro con el precio supracompetitivo (*hand-tying*), pues si iniciara una guerra de precios incurriría en pérdidas proporcionales a su participación en la empresa competidora. Con ello se

¹⁴ MEADOWCROFT y THOMPSON, *Minority Share Acquisition: the Impact upon Competition*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1986; citado en STRUIJLAART, «Minority Share Acquisitions Below the Control Threshold of the EC Merger Regulation: An Economic and Legal Analysis», *World Competition*, 25(2), 2002.

¹⁵ REYNOLDS y SNAPP, *op. cit.* Nótese que el término «cártel» es utilizado por los citados autores en sentido económico, no jurídico, es decir, que no se requiere la existencia de una concertación explícita entre competidores.

¹⁶ Los autores extienden este análisis a las relaciones entre competidores potenciales, demostrando que la participación minoritaria en un competidor potencial reduce la amenaza de entrada. Al igual que en el caso de competidores reales, no es necesario un acuerdo explícito para que se produzca este efecto.

¹⁷ RODRIGUEZ, «Some Antitrust Concerns of Partial Equity Acquisitions», *FTC Bureau of Economics Working Paper*, 186, marzo 1991.

reduce la incertidumbre entre los miembros del cártel y, por ende, disminuye la posibilidad de que uno de sus miembros se desmarque de su disciplina. La importancia de este efecto de «señal» es, lógicamente, mayor cuando quien lo promueve es una empresa díscola ¹⁸.

Otro efecto coordinado descrito por REYNOLDS y SNAPP es que las participaciones minoritarias actúan sobre los alicientes de los miembros del cártel para realizar inversiones que desincentivan o retrasan la entrada en el mercado de competidores potenciales. Tales inversiones producen externalidades, en el sentido de que benefician no sólo a la empresa que las realiza, sino también a los demás miembros del oligopolio colusorio. Ello puede dar lugar a un nivel de inversión insuficiente que afecte a la capacidad productiva de los distintos operadores y se traduzca en el establecimiento de precios supracompetitivos, lo cual facilitará la entrada y, en última instancia, una mayor producción agregada. La existencia de participaciones minoritarias entre los miembros del cártel puede estimular las inversiones en capacidad para desincentivar la entrada, puesto que parte de la externalidad producida por la inversión se recupera — se internaliza — a través de los mayores dividendos derivados del beneficio que dicha inversión supone para el competidor ¹⁹.

En contraposición al modelo de REYNOLDS y SNAPP (basado en un modelo estático de Cournot), MALUEG ha demostrado que, en oligopolios en los que las empresas interactúan de manera repetida, el aumento del grado de participación minoritaria entre ellas puede, en algunos casos, disminuir las posibilidades de colusión ²⁰. Este argumento se basa en la presunción de que, en una hipotética guerra de precios, las empresas volverían a fijar su producción en el nivel de equilibrio en el modelo estático de Cournot, en el que la existencia de participaciones minoritarias, según el modelo de REYNOLDS y SNAPP, lleva a una menor producción agregada y a la fijación de precios supracompetitivos. Partiendo de esta presunción y teniendo en cuenta determinados niveles de participación minoritaria, puede suceder que la guerra de precios sea rentable si el beneficio a corto plazo es mayor que las pérdidas derivadas del castigo a largo plazo, pues el precio impuesto por los demás miembros del cártel como castigo a la rebaja de precios seguirá siendo un precio supracompetitivo. Por tanto, en determinadas circunstancias, la existencia de participaciones minoritarias puede hacer menos gravosa una guerra de precios y, en este sentido, reduce las posibilidades de colusión en el mercado ²¹.

¹⁸ RODRÍGUEZ, *op. cit.*; en sentido similar, *vid.* GILO (*op. cit.*).

¹⁹ REYNOLDS y SNAPP, *op. cit.*

²⁰ MALUEG, «Collusive behavior and partial ownership of rivals», *International Journal of Industrial Organization*, 10, 1992.

²¹ Para un estudio de los efectos coordinados de las participaciones minoritarias en un modelo repetido de Bertrand, ver GILO, MOSHE y SPIEGEL, «Partial cross ownership and tacit collusion», *Tel Aviv University Legal Working Paper Series. Tel Aviv University Law Faculty Papers* (última versión: mayo 2005).

B. LA MEDICIÓN DE LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS Y EL ANÁLISIS DE EFICIENCIAS

a) *Cuantificación de los efectos anticompetitivos*

La literatura económica no se ha limitado a desarrollar modelos teóricos sobre los efectos de las participaciones minoritarias en la competencia, sino que ha elaborado también instrumentos para cuantificarlos. Para ello, se parte del análisis de efectos no coordinados utilizado en el ámbito del control de concentraciones, que mide la capacidad de la empresa resultante de la concentración para elevar el precio de sus productos mediante decisiones unilaterales, es decir, sin necesidad de que exista colusión con sus competidores.

El primero de estos métodos se basa en el Índice Herfindahl-Hirschmann (IHH), que se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de cada uno de los competidores, tanto antes como después de la concentración (y cuya tasa de variación —el «delta»— es igual a dos veces el producto de las cuotas de mercado de las empresas). El problema que plantea este índice es que el incremento del nivel de concentración se mide sumando las cuotas de empresas sobre las que se adquiere control, con lo que se sobreestima el impacto de las participaciones minoritarias (definidas, recordémoslo, como aquellas que no confieren control) en el grado de concentración del mercado. Para eliminar este inconveniente, BRESNAHAN y SALOP proponen un IHH modificado (IHHM) cuyo «delta» se obtiene multiplicando el valor porcentual de la participación minoritaria por el producto de las cuotas de mercado de las empresas²².

El segundo método utilizado para cuantificar los efectos anticompetitivos de las participaciones minoritarias se basa en el Índice de Presión de Precios (IPP). Este índice se obtiene a partir de los márgenes y del «cociente de desvío» (*diversion ratio*), que mide la cantidad de ventas de una empresa que, como consecuencia de un aumento de sus precios, se desvían hacia la empresa con la que se concentra. Su «delta» permite conocer la presión que cada empresa experimenta para subir sus precios manteniendo constantes los precios de sus competidores. El IPP difiere del IHH en dos aspectos: por una parte, se basa en un modelo de competencia en precios con productos diferenciados (el IHH parte de un modelo de Cournot con productos homogéneos) y, por otra parte, proporciona información sobre los incentivos de cada una de las empresas del mercado (a diferencia del IHH que es un indicador —aproximado y no siempre fiable— del cambio de incentivos derivado de la modificación de los márgenes entre precios y costes a nivel agregado)²³.

²² BRESNAHAN y SALOP, «Quantifying the Competitive Effects of Production Joint Ventures», *International Journal of Industrial Organization*, 4, 1986, p. 155.

²³ O'BRIEN y SALOP, *op. cit.*; SHAPIRO, «Mergers with Differentiated Products», *Antitrust*, primavera 1996.

b) *El test del mercado*

Los efectos anticompetitivos descritos más arriba pueden variar en función de las condiciones de competencia que existan en el mercado estudiado y de los factores que pueden contrarrestar los incentivos de la empresa adquirente a los que hemos hecho referencia anteriormente. Respecto a las condiciones de competencia, como en todo análisis competitivo, debe tenerse en cuenta la existencia y entidad de las barreras de entrada al mercado. En efecto, sin tales obstáculos, los beneficios extraordinarios derivados de la reducción del *output* agregado atraerían a competidores potenciales, lo cual anularía a corto o medio plazo el efecto anticompetitivo de la adquisición de las participaciones minoritarias.

Entre los factores que pueden contrarrestar los incentivos de precios de la empresa adquirente, DUBROW cita la imposibilidad de captar en su totalidad los beneficios de la sociedad participada²⁴. Según este autor, ello puede suceder, en particular, cuando el producto o servicio en el que compiten empresa adquirente y empresa participada representa una parte insignificante de los beneficios totales de ésta, que obtiene la mayor parte de sus beneficios en otros mercados. En tales casos, los dividendos asociados a la participación minoritaria no dependen exclusivamente de las decisiones de la empresa adquirente en su mercado, sino también —y en mucho mayor medida— de los beneficios obtenidos por la empresa participada en los mercados en los que la empresa adquirente no actúa. Así, puede suceder que los mayores beneficios que la empresa participada obtiene en el mercado que comparte con la empresa adquirente como consecuencia de un aumento de los precios por parte de ésta se vean anulados o incluso superados por pérdidas en otros mercados. Es probable que esta posibilidad desincentive a la empresa titular de la participación minoritaria para aumentar sus precios con vistas a desviar la demanda hacia la empresa participada²⁵.

Desde un punto de vista más general, como señala DUBROW y también reconocen O'BRIEN y SALOP²⁶, lo cierto es que los dividendos recibidos por el titular de una participación minoritaria no equivalen exactamente a una hipotética parte *pro rata* de los beneficios de la empresa participada, ya que la empresa participada puede destinar dichos beneficios a fines distintos del reparto de dividendos. Ello produce cierta inseguridad respecto a los efectos de un aumento de precios de la empresa adquirente y, por ello, reduce su incentivo anticompetitivo.

²⁴ DUBROW, «Challenging the Economic Incentives Analysis of Competitive Effects in Acquisitions of Passive Minority Equity Interests», *Antitrust Law Journal*, 69, 2001, p. 113.

²⁵ Un argumento similar había sido ya formulado matemáticamente por RODRÍGUEZ, *op. cit.*

²⁶ O'BRIEN y SALOP, «The Competitive Effects of Passive Minority Equity Interests: Reply», *Antitrust Law Journal*, 69, 2001, p. 611.

c) *Eficiencias asociadas a la adquisición de participaciones minoritarias*

El análisis competitivo de las participaciones minoritarias quedaría incompleto si no se realizara una evaluación de las posibles eficiencias derivadas de las mismas. Es cierto que, en sí mismas, las participaciones minoritarias no parecen aportar ninguna eficiencia, al menos cuando se comparan con las ventajas derivadas de la integración de dos empresas bajo un control común (economías de escala, sinergias, etc.), como en el caso de una concentración. No obstante, sí pueden actuar como incentivo para la celebración de acuerdos que contengan eficiencias y que podrían no celebrarse de no existir una remuneración adecuada (en forma de dividendo). Así, en primer lugar, las participaciones minoritarias pueden ser un medio adecuado para invertir en proyectos que conlleven cierto riesgo (y también para compensar dicha aportación) y pueden ayudar a estabilizar las relaciones entre comprador y vendedor, contribuyendo a una mejor planificación de la producción ²⁷.

En segundo lugar, en supuestos de transferencia de tecnología, las participaciones minoritarias pueden constituir un medio de remunerar la transferencia, complementando o sustituyendo a los pagos por las licencias. Es más, en determinadas circunstancias, los ingresos derivados de la participación minoritaria de la empresa licenciante en el capital de la licenciataria reflejan de forma mucho más realista el «beneficio» que se deriva para esta última de la tecnología licenciada, con lo que los dividendos que obtiene el licenciante pueden resultar más adecuados para cuantificar el valor de la transferencia que los simples pagos por licencias ²⁸. Por tanto, en la medida en que facilite o incentive la concesión de licencias, la posibilidad de adquirir una participación minoritaria en el licenciario fomenta la difusión de tecnologías y favorece la innovación. A la inversa, se ha sugerido que la adquisición de una participación minoritaria en la empresa propietaria de la tecnología en cuestión también puede permitir acceder a la información necesaria para reproducir dicha tecnología ²⁹.

2. LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS EN EL DERECHO COMUNITARIO

En el Derecho comunitario, los efectos anticompetitivos de las participaciones minoritarias se abordan aplicando tanto normas de conducta (los arts. 81 u 82 TCE, siempre que exista posición de dominio) como

²⁷ REYNOLDS y SNAPP, *op. cit.*

²⁸ GILO, *op. cit.* y bibliografía allí citada.

²⁹ ALLEY, «Partial Ownership Arrangements and Collusion in the Automobile Industry», *The Journal of Industrial Economics*, vol. 45, núm. 2, junio 1997.

estructurales (el Reglamento de concentraciones, siempre que se superen los correspondientes umbrales de volumen de negocios).

El tratamiento de las participaciones minoritarias en el Derecho comunitario viene en gran medida condicionado por el principio del cambio de control como elemento determinante de la aplicación del Reglamento de concentraciones. Por definición (a efectos de este artículo), las participaciones minoritarias no confieren control, luego —en principio— quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones. Sin embargo, como hemos visto, pueden tener efectos anticompetitivos si se producen en mercados oligopolísticos con barreras de entrada. La cuestión que se plantea en el Derecho comunitario, en ausencia de control, es si (y en qué condiciones) los efectos anticompetitivos de dichas participaciones pueden ser examinados aplicando el art. 81 o, en su caso, el art. 82 TCE. En los apartados siguientes analizaremos esta cuestión al hilo de los sucesivos enfoques adoptados por el ordenamiento jurídico comunitario, desde las primeras aproximaciones por parte del TJCE y la Comisión en los Asuntos Philip Morris y Gillette, ampliamente debatidos por la doctrina, hasta la actual utilización de la teoría del oligopolio mediante la aplicación del art. 82 TCE a los abusos de posición dominante colectiva.

A. LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS COMO ACUERDO CON EFECTO ANTICOMPETITIVO: LA DOCTRINA PHILIP MORRIS ³⁰

El Asunto PHILIP MORRIS tiene su origen en un recurso interpuesto por British-American Tobacco y Reynolds contra una decisión de la Comisión (plasmada en una *comfort letter*) que declaraba inaplicable el art. 81 TCE a ciertos acuerdos entre su competidora, la tabaquera Philip Morris, y Rembrandt, una sociedad sudafricana que poseía, a través de un *holding*, una participación de control en el capital de la empresa Rothmans, otro fabricante de cigarrillos.

Tras una serie de modificaciones exigidas por la Comisión, dichos acuerdos contemplaban la compra por parte de Philip Morris del 30,8 por 100 de las acciones de Rothmans, las cuales, no obstante, representaban sólo el 24,9 por 100 de los votos, mientras que la participación de Rembrandt en Rothmans, igualmente del 30,8 por 100, representaba el 43,6 por 100 de los votos y le permitía mantener el control sobre ésta. Por otra parte, los acuerdos otorgaban a cada una de las partes un derecho de tanteo en caso de que la otra decidiera transmitir su participación a un tercero. También venían acompañados de una serie de compromisos ofrecidos por las partes a la Comisión en virtud de los cuales Philip Morris no ten-

³⁰ Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados 142 y 156/84, British-American Tobacco Company Ltd y R.J. Reynolds Industries Inc. c. Comisión, Rec., 1987, p. 4487.

dría representación en el Consejo de Rothmans y, además, tendría vedado el acceso a información de Rothmans que pudiera influir en la estrategia competitiva de Philip Morris.

En la Sentencia, al analizar si la participación minoritaria de Philip Morris en Rothmans infringe el art. 81 TCE, el TJCE empieza declarando que *«si el hecho de que una empresa adquiriera una participación en el capital de una empresa competidora no constituye de por sí un comportamiento restrictivo de la competencia, semejante adquisición de una participación puede, sin embargo, constituir un medio capaz de influir sobre el comportamiento comercial de las empresas en cuestión, de modo que restrinja o falsee el juego de la competencia en el mercado»*³¹ (la cursiva es nuestra). Según el TJCE, esta situación puede darse, en particular, en dos tipos de casos: bien cuando la adquirente de la participación minoritaria adquiere también el control *de iure* o *de facto* de la empresa participada (o se prevé tal posibilidad en un momento ulterior), o bien cuando el acuerdo prevé, además de la adquisición de la participación minoritaria, la cooperación entre las partes en materia comercial o *«crea estructuras capaces de promover semejante cooperación»*.

Esta afirmación del TJCE generó en su momento un fructífero debate entre la doctrina, cuyo estudio no puede desconocer el contexto normativo de la época. Como subraya el Abogado General Mancini en sus conclusiones sobre el Asunto Philip Morris, en aquel momento el Consejo todavía se resistía a adoptar la propuesta de la Comisión para la adopción de un Reglamento de control de concentraciones. Por tanto, el TJCE se enfrentaba al examen de los efectos sobre la competencia de una transacción con matices estructurales con los únicos instrumentos de las normas de control de conductas previstas en el Tratado.

Así, mientras que la mayoría defendía que la doctrina Philip Morris permitía aplicar el art. 81 TCE solamente a las adquisiciones de participaciones minoritarias que no confieren control (pues lo contrario habría supuesto una extensión excesiva del ámbito de aplicación del art. 81 TCE a auténticas concentraciones), otros argumentaban que abría la puerta a la aplicación del art. 81 TCE a todas las adquisiciones de participaciones minoritarias, tanto las que confieren control, como las demás. Con la entrada en vigor en 1990 del Reglamento 4069/1989, carece ya de sentido defender la aplicación del art. 81 TCE a las adquisiciones de participaciones minoritarias que confieren control (ahora reguladas a través del

³¹ Nótese que el TJCE se refiere expresamente a las «empresas en cuestión», lo que debe entenderse como que la adquisición de una participación minoritaria puede influir tanto en los incentivos de la adquirente como en los de la participada. En aquel caso, en sintonía con los preceptos de la teoría económica, el TJCE sólo examinó los efectos de dicha participación sobre los incentivos de la adquirente (Philip Morris), pues, a falta de control, no variaban los de la participada. El TJCE, siguiendo a la Comisión, llegó a la conclusión de que no variarían los incentivos de Philip Morris, pues, aunque *«por su participación en los beneficios de Rothmans Internacional, tiene interés en que dicha empresa tenga éxito, su primera preocupación sigue siendo, sin embargo, (...) la de aumentar la cuota de mercado y los ingresos de sus propias empresas»*.

Reglamento de concentraciones). El art. 81 TCE quedaría así configurado como norma residual de prohibición de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no confieren control, pero que sí permiten influir en el comportamiento competitivo de las empresas en cuestión ³².

Ello plantea varios problemas, no todos los cuales quedan resueltos por la Sentencia Philip Morris. En primer lugar, está la dificultad de encajar, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la adquisición de una participación minoritaria en el concepto de «acuerdo», requisito primordial para la aplicación de la prohibición contenida en el art. 81 TCE. En Philip Morris, el TJCE declaró que puede infringirse el art. 81 TCE «*en particular*» cuando la adquisición de una participación minoritaria o las «*cláusulas accesorias del acuerdo*» permiten la cooperación entre las partes en materia comercial o crean estructuras capaces de promover semejante cooperación.

Sin embargo, la naturaleza de los hechos juzgados en aquel caso (en el que la adquisición de la participación minoritaria era sólo uno de los elementos de una transacción más compleja que incluía varios acuerdos de cooperación comercial) hace difícil teorizar si el TJCE estaría dispuesto a extender la aplicación del art. 81 TCE a una adquisición «unilateral» de una participación minoritaria en un competidor ³³. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades para configurar las adquisiciones de participaciones minoritarias a través de *creeping take-overs* o de ofertas públicas de adquisición «hostiles» como acuerdos entre empresas a efectos del art. 81 TCE.

Por otra parte, tampoco parece que el concepto de práctica concertada, tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia del TJCE, sirva para abarcar el supuesto aquí estudiado. Según la clásica definición del TJCE en *Materias colorantes* ³⁴, la práctica concertada es «*una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar al estado en que un acuerdo*

³² Ver, al respecto, HAWK y HUSER, «Controlling the shifting sands: minority shareholding under EEC competition law», *Fordham International Law Journal*, 17, 1994, p. 294. Estos autores plantean, además, la existencia de un tercer nivel de influencia, por debajo de la influencia decisiva o control (que correspondería al control de concentraciones) y de la simple influencia (tratada en sede de art. 81 TCE, de conformidad con Philip Morris): el nivel de no influencia (lo que podría llamarse un «puerto seguro» o «categoría de participaciones minoritarias de *minimis*»), que quedaría fuera del ámbito de aplicación de las normas de competencia. En este grupo estarían las participaciones minoritarias de características similares a las que el TJCE declaró inocuas en Philip Morris. No obstante, esta última categoría no tiene límites precisos debido a la extensión del concepto de influencia por parte de la Comisión en Gillette, como se verá más adelante.

³³ Decimos que el supuesto de hecho en Philip Morris no se limitaba a la adquisición de una participación minoritaria, pero no que la adquisición de una participación minoritaria acompañada de otros acuerdos comerciales sea infrecuente (es más, los hechos del caso Gillette y otros posteriores en los que se ha aplicado el art. 81 u 82 TCE son muy parecidos a los de Philip Morris). Lo que se quiere poner de manifiesto es que, en el caso de que no existan tales acuerdos conexos, difícilmente la adquisición de una participación minoritaria podría caer en la prohibición del art. 81 TCE, al menos sobre la única base de la Sentencia Philip Morris.

³⁴ Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, Asunto 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd c. Comisión, *Rec.*, 1972, p. 619.

propiamente dicho ha sido alcanzado, sustituye conscientemente la cooperación práctica entre ellas por los riesgos de la competencia». Basta para ello, según afirma el TJCE en este asunto y en otros posteriores como Azúcar³⁵, con eliminar la incertidumbre sobre la estrategia competitiva propia (por ejemplo, mediante anuncios de precios) con el fin de influir sobre la de los competidores.

Es dudoso que este marco de análisis sea adecuado para examinar los efectos coordinados de las participaciones minoritarias, pero en cualquier caso no sirve para evaluar sus efectos unilaterales. En efecto, lo que demuestra precisamente la teoría económica es que las participaciones minoritarias pueden tener efectos no coordinados, derivados simplemente del interés financiero de la adquirente. La estrategia de la adquirente de incrementar sus precios por encima del nivel de maximización de sus beneficios es puramente unilateral, pues no busca ni requiere para su éxito una similitud en la conducta de la participada, sino que el aumento de las ventas de ésta y la situación de maximización conjunta de beneficios será una consecuencia forzada exclusivamente por la adquirente.

En segundo lugar, y desde un punto de vista más general, se plantea la idoneidad del art. 81 TCE para regular supuestos que parecen más próximos al análisis bajo el prisma del control de estructuras que al clásico caso de cártel. Como señalan JIMÉNEZ LAIGLESIA y JIMÉNEZ LAIGLESIA (*op. cit.*), «*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*», y por ello puede parecer más adecuado un examen *ex ante* idéntico al que se aplica a las adquisiciones de participaciones y otras operaciones que sí confieren control. En efecto, la adquisición de una participación minoritaria no produce por sí misma un efecto anticompetitivo, sino que ayuda a crear las circunstancias en que dicho efecto puede llegar a producirse. Además, como han puesto de manifiesto REYNOLDS y SNAPP, el efecto anticompetitivo de las participaciones minoritarias entre los competidores de mercados oligopolísticos no está únicamente asociado a una mayor facilidad para coludir, sino que su efecto sobre el *output* también viene determinado por la correlación que producen en los beneficios de la adquirente y la participada. Por tanto, el Reglamento de concentraciones parece *a priori* un instrumento más adecuado que el art. 81 TCE para un análisis integral de efectos coordinados y no coordinados.

³⁵ Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975, Asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73, Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA c. Comisión, *Rec.*, 1975, p. 1663.

B. LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES MINORITARIAS COMO ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: EL ASUNTO GILLETTE ³⁶

El supuesto de hecho en el asunto Gillette es muy parecido al de Philip Morris, pues trata de la adquisición de una participación minoritaria en Wilkinson Sword por parte de su competidor Gillette, el líder mundial en la venta de productos de afeitado, a través de Eemland, una sociedad holding creada *ex profeso* para la operación. Al igual que en Philip Morris, Gillette no tenía representación en el Consejo de administración de Eemland y había adoptado medidas para evitar intercambios de información competitiva. A diferencia de Philip Morris, en cambio, la participación de Gillette en Eemland (un 22 por 100, menor incluso que la de Philip Morris) no venía acompañada de derechos de voto. Además, la financiación de la operación por parte de Gillette la había convertido en uno de los mayores acreedores de Eemland. Por último, existía una serie de acuerdos de cooperación comercial entre Gillette y Eemland para operaciones fuera de la UE, similares a los suscritos entre Philip Morris y Rothmans, pero de mucho mayor calado y con efectos apreciables en el territorio de la UE.

La Comisión consideró que Gillette se encontraba en posición de dominio y que su «participación en la compra (...) de las actividades de Wilkinson Sword» ³⁷ constituía un abuso de dicha posición. Entre otros argumentos, la Comisión se refirió a Philip Morris, donde el TJCE despachó las alegaciones sobre abuso de posición dominante en un solitario párrafo en el que declaró que «sólo cabe un abuso de semejante posición si la participación referida se traduce en un control efectivo de la otra empresa o, al menos, en una influencia sobre la política comercial de ésta».

Se ha criticado la Decisión Gillette por citar la Sentencia Philip Morris sin llegar a la misma solución ante hechos muy similares ³⁸. En efecto, la participación de Gillette en Eemland, carente de derechos de voto, no le permitía influir en Eemland de acuerdo con el estándar adoptado por el TJCE en Philip Morris para el art. 81 TCE. La propia Comisión parece reconocer que está aplicando un estándar de influencia menos riguroso en sede de art. 82 TCE cuando, después de citar nuevamente Phi-

³⁶ Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 1992, Asuntos IV/33.440, Warner Lambert/Gillette y otros, y IV/33.486, *BIC/Gillette y otros*, *Diario Oficial*, L 116, de 12 de mayo de 1993. Las partes notificaron el acuerdo unos meses antes de la entrada en vigor del Reglamento 4064/1989.

³⁷ Nótese la renuncia de la Comisión, al menos en la época de esta Decisión, a individualizar la adquisición de una participación minoritaria en un competidor por parte de una empresa dominante como infracción del art. 82 TCE y su tendencia, similar a la del TJCE en Philip Morris (y presumiblemente con el fin de reducir el riesgo de recurso), a agregar los distintos elementos enjuiciados para llegar a la conclusión de la existencia de un abuso de posición dominante.

³⁸ Ver, por todos, HAWK y HUSER, *op. cit.*

lip Morris, admite que, en las circunstancias del caso, la participación minoritaria de Gillette no le permite, por sí sola, influir en Eemland en el sentido del art. 81 TCE³⁹.

Sin embargo, no creemos que los argumentos de la Comisión en *Gillette* traicionen el espíritu de *Philip Morris*, como se ha querido hacer ver. Y ello porque tanto las circunstancias de cada caso como las normas aplicadas son distintas. En cuanto a estas últimas, la Comisión justifica las posibles divergencias en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE acudiendo al principio de la especial responsabilidad de las empresas en posición dominante. En cuanto a los hechos, se desprende claramente de la lectura de *Gillette* que la Comisión no se basó tanto en la adquisición de la participación minoritaria sin derechos de voto como en el hecho de que *Gillette* se había convertido en un importante acreedor de Eemland, lo cual, como ha puesto de relieve la doctrina, puede tener un efecto sobre los incentivos de la adquirida similares a los de una participación minoritaria⁴⁰.

En cualquier caso, cabe concluir que *Gillette* permite, en determinadas circunstancias, aplicar el art. 82 TCE a las adquisiciones de participaciones minoritarias en un competidor, siempre que las realicen empresas en posición dominante. No obstante, subsiste la misma duda que en *Philip Morris*, a saber, si la Comisión estaría dispuesta a aplicar el art. 82 TCE cuando la participación minoritaria no estuviera rodeada de otras circunstancias, pues, en *Gillette*, la posición de esta empresa como acreedor de Eemland parece prevalecer como *ratio* esencial de la declaración de la existencia de la conducta abusiva.

C. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

a) *La vigencia de los arts. 81 y 82 TCE como normas aplicables a las participaciones minoritarias no vinculadas a concentraciones notificadas*

Con la entrada en vigor del Reglamento 4064/1989 sobre el control de las concentraciones entre empresas en el año 1990, las participaciones minoritarias que confieren control (en el sentido de «influencia decisiva») se trasladan al ámbito de aplicación de dicho Reglamento, por lo

³⁹ No obstante, la Comisión consideró que *Gillette* y Eemland también habían infringido el art. 81 TCE al celebrar determinados acuerdos de comercialización, que provocaban un reparto de mercados.

⁴⁰ KAISER (*op. cit.*) explica que si el acreedor puede adelantar el vencimiento de la obligación de pago del crédito, su influencia sobre el deudor puede ser incluso más decisiva que la de una participación accionarial de un valor equivalente (*contra*: GILO, *op. cit.*).

que queda claro, como hemos dicho, que la aplicación del art. 81 TCE siguiendo la doctrina Philip Morris queda sujeta al requisito de que la participación no sea de control.

La Decisión BT/MCI⁴¹ es una de las primeras tras la adopción del Reglamento de Concentraciones en que la Comisión examina una participación minoritaria que no confiere control bajo el prisma del art. 81 TCE (es más, la operación fue inicialmente notificada como concentración, pero la Comisión llegó a la conclusión de que no existía control y la notificación fue transformada en una solicitud de declaración negativa o autorización de conformidad con el Reglamento 17/1962). La operación notificada comprendía dos transacciones principales: la creación de una empresa en común para la prestación de servicios de telecomunicaciones a empresas multinacionales y la adquisición por parte de British Telecommunications (BT) de una participación del 20 por 100 en MCI.

El interés de esta Decisión radica en que en ella la Comisión consigue condensar la teoría del daño competitivo derivado de las participaciones minoritarias en una afirmación sucinta pero clarificadora: *«Por regla general, la Comisión y el Tribunal de Justicia consideran que el apartado 1 del artículo [81] no es aplicable a los acuerdos de venta o compra de acciones en cuanto tales. No obstante, sí puede serlo, según las condiciones contractuales y las características del mercado, si se coordina la estrategia competitiva de las partes o se influye en ella»*. Nótese, sin embargo, que la Comisión parece afirmar lo que el TJCE no llegó a hacer explícito en Philip Morris (citado por la Comisión en nota al pie del texto reproducido), a saber, que los acuerdos de transmisión de participaciones minoritarias no son «acuerdos entre empresas» en el sentido del art. 81 TCE. En *Philip Morris*, el TJCE se limitó a aseverar que *«el hecho de que una empresa adquiera una participación en el capital de una empresa competidora no constituye de por sí un comportamiento restrictivo de la competencia»*, lo cual podría ser simplemente interpretado en el sentido de que una participación minoritaria no es, *per se*, restrictiva de la competencia, pero no en el de que no es un «acuerdo» en el sentido del art. 81 TCE.

Sin embargo, como ya hemos dicho, no creemos que, de haber conocido de este asunto, el TJCE hubiese discrepado de la afirmación de la Comisión: a nuestro entender, en Philip Morris el TJCE no fue tan rotundo como la Comisión en BT/MCI sencillamente porque no era necesario, ya que la participación minoritaria se enmarcaba en un conjunto más amplio de verdaderos acuerdos a efectos del art. 81 TCE. El problema que se plantea entonces es que si la participación minoritaria no es un acuerdo en el sentido del art. 81 TCE parece difícil poder valorar su objeto o efecto anticompetitivo de manera autónoma como hace la Comisión en BT/MCI.

⁴¹ Decisión de 27 de julio de 1994, Asunto IV/34.857, BT/MCI, *Diario Oficial*, L 223, de 27 de agosto de 1994. Ver, en el mismo sentido, la Decisión de 17 de julio de 1996, Asunto IV/35.617, Phoenix/GobalOne, *Diario Oficial*, L 239, de 19 de septiembre de 1996.

Unos meses después de BT/MCI, la Comisión volvió a aplicar el art. 81 TCE a una participación minoritaria en el Asunto OLIVETTI/DIGITAL⁴², en el que, además de unos acuerdos de cooperación comercial, las partes notificaron a la Comisión la adquisición por parte de Digital de una participación del 8 por 100 en el capital de Olivetti. La Comisión concluyó que dicha adquisición no suponía una infracción del art. 81 TCE porque no permitía el intercambio de información confidencial y porque no permitía a las partes coordinar su estrategia competitiva. En este sentido, la Comisión valoró que Digital no obtendría el control sobre la estrategia comercial de Olivetti ni en el momento de la adquisición ni en uno posterior. Analizó, por tanto, los efectos de la operación sobre los incentivos de la adquirida, pero nada dijo sobre los de la adquirente.

De manera casi simultánea a Olivetti/Digital, la Comisión aplicó el art. 81 TCE a una adquisición de participaciones minoritarias cruzadas en el asunto Fujitsu and Semiconductor⁴³, particularmente interesante porque en él la Comisión admite que un porcentaje de participación reducido y no acompañado de representación en los órganos de dirección de la participada no da lugar a efectos sustanciales en los incentivos de las empresas en cuestión. En el caso, las participaciones cruzadas eran del 5 y del 0,5 por 100, respectivamente. Parece, por tanto, que la Comisión está dispuesta a admitir un umbral *de minimis* por debajo del cual las participaciones minoritarias no deberían dar lugar a problemas de competencia.

b) *El análisis incidental en sede de control de concentraciones*

El Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas no se aplica a la adquisición de participaciones minoritarias a menos que dicha adquisición permita el control, de hecho o de derecho, de la empresa participada⁴⁴. No obstante, en repetidas ocasiones la Comi-

⁴² Decisión de 11 de noviembre de 1994, Asunto IV/34.410, *Olivetti/Digital*, *Diario Oficial*, L 309, de 2 de diciembre de 1994.

⁴³ Decisión de 12 de diciembre de 1994, Asunto IV/34.891, *Fujitsu AMD Semiconductor*, *Diario Oficial*, L 341, de 30 de diciembre de 1994.

⁴⁴ Al contrario, el sistema norteamericano de control de concentraciones no exige que se adquiera el control de la empresa participada para que la operación entre en el ámbito de aplicación de la *Ley Clayton*, cuya sección 7 se limita a prohibir las adquisiciones de capital de una empresa que tengan por efecto mermar sustancialmente la competencia. Al no exigirse el control como presupuesto de la intervención administrativa, en general las adquisiciones de participaciones minoritarias se subsumen sin mayor dificultad en el ámbito de aplicación de las normas de control de concentraciones y no en el de las normas de conducta [O'BRIEN y SALOP (*op. cit.*) afirman que, hasta 2001, parece existir sólo un caso en Estados Unidos en el que una adquisición de una participación minoritaria fuera examinado de conformidad con la sección 1 de la *Ley Sherman*]. Pero la sección 7 de la *Ley Clayton* no prohíbe todas las adquisiciones de participaciones minoritarias, sino que exime de dicha prohibición las adquisiciones realizadas con fines exclusivos de inversión («*solely for investment*»). El problema radica en definir el término «inversión». Tradicionalmente, los Tribunales y agencias *antitrust* estadounidenses han identificado las adquisi-

sión ha analizado la existencia de conexiones accionariales entre empresas en su análisis competitivo de operaciones de concentración, e incluso ha llegado a imponer la reducción o incluso la desinversión de dichas participaciones como condición para la autorización de la operación ⁴⁵.

Desde un punto de vista de política legislativa, no parece justificado, en principio, someter las participaciones minoritarias al escrutinio de la autoridad de competencia solamente cuando estén relacionadas con una operación de concentración notificada, sino que, partiendo de que deben ser sometidas al análisis competitivo, deberían serlo en sus propios términos, sin necesidad de coincidir con una operación de concentración. Cabría preguntarse, además, si la aleatoriedad de la represión vía control de concentraciones no vulnera el principio de igualdad ante la ley, puesto que supuestos de hecho idénticos pueden conducir a consecuencias jurídicas absolutamente divergentes. Así, en la desinversión ordenada por la Comisión en Tetra Laval/Sidel, Tetra Laval argumentó —en vano— que era desproporcionado negarle su pretensión de retener una participación minoritaria en Sidel (con el fin de minimizar la pérdida de valor de su inversión inicial), pues, en condiciones normales, podría adquirir dicha participación sin necesidad de notificarlo a la Comisión con arreglo al Reglamento de Concentraciones ⁴⁶.

La Comisión justifica este control incidental de las participaciones minoritarias diciendo que el Reglamento de concentraciones le obliga a valorar la incidencia sobre el mercado de todos los aspectos de una concentración notificada, incluidas cualesquiera participaciones minoritarias que puedan adquirirse en el contexto de la operación de concentración. Es más, la Comisión está facultada para examinar los efectos anticompetitivos de una participación minoritaria adquirida por una empresa distinta de las empresas afectadas, al menos cuando la adquisición de dicha participación forma parte indisoluble de la operación de concentración desde el punto de vista de su ratio económica. Así, en Newscorp/Telepiù, la Comisión requirió la desinversión de la participación de Telecom Italia

ciones de participaciones realizadas «*solely for investment*» con las inversiones pasivas, esto es, que no confieren control. No obstante, decisiones más recientes de la Federal Trade Commission y, en especial, del Department of Justice indican un interés renovado de estas agencias por fiscalizar los efectos de las participaciones minoritarias que, aunque no confieren control (es decir, no modifican los incentivos de la participada), sí pueden modificar los incentivos de la adquirente. En el Reino Unido (al igual que en Alemania), la *Enterprise Act* de 2002 tampoco exige un cambio en la naturaleza del control para que exista una «concentración» que deba ser notificada: basta con que dicha concentración otorgue a la adquirente la capacidad de «influir materialmente» sobre la actividad concurrencial de la participada.

⁴⁵ Vid., por todas, las Decisiones de 8 de mayo de 1998, Asunto IV/M.1082, Allianz/AGF, y de 1 de septiembre de 2000, asunto IV/M.1980, Volvo/Renault.

⁴⁶ Decisión de la Comisión de 30 de enero de 2002 de conformidad con el art. 8.4 del Reglamento 4064/1989, asunto COMP/M.2416, Tetra Laval/Sidel, apartado 31. Aunque la Decisión ha sido anulada por Sentencia del TPI confirmada por otra del TJCE, entendemos que sigue siendo de gran valor para el estudio de la postura de la Comisión respecto a las participaciones minoritarias, la cual no fue objeto de debate en sede jurisdiccional.

(un 19,9 por 100) en la plataforma de televisión combinada Telepiù-Stream controlada por Newscorp, a pesar de que Telecom Italia no era una empresa afectada⁴⁷. En todo caso, ello sólo justifica por qué la Comisión puede examinar los efectos anticompetitivos de una participación minoritaria en sede de control de concentraciones, pero no resuelve el problema aquí planteado, a saber, por qué determinadas participaciones minoritarias sí se examinan (por el hecho de ir ligadas a una operación de concentración) y otras no.

Por lo demás, es en el ámbito del control de concentraciones donde más claramente ha expuesto hasta ahora la Comisión la teoría del daño competitivo en los casos de participaciones minoritarias. Los dos precedentes sin duda más ilustrativos en este sentido son, de nuevo, Tetra Laval/Sidel y Newscorp/Telepiù. En el primero, por ejemplo, la Comisión llevó a cabo un examen expreso de los posibles efectos anticompetitivos de la participación minoritaria sobre los incentivos de la adquirente (Tetra Laval) y la participada (Sidel) siguiendo el modelo de O'BRIEN y SALOP. Respecto a Sidel, analizó la posibilidad de que la participación minoritaria de Tetra Laval le otorgara una «influencia desproporcionada» sobre la estrategia competitiva de Sidel en el caso de que las acciones de ésta se vendieran de manera dispersa (poniéndolas en *free float* en bolsa) o de que se vendieran a inversores financieros, en cuyo caso Tetra Laval quedaría como el único socio industrial con experiencia en el mercado. Respecto a los incentivos de Tetra Laval, la Comisión estudió si se vería incentivada a buscar la maximización de sus beneficios aumentando el precio de sus productos y capturando los beneficios de las ventas desviadas a Sidel a través de su interés financiero en dicha empresa.

A la luz de estos desarrollos, parece conveniente plantear que, una vez que la Comisión ha desarrollado de manera explícita la teoría del daño competitivo en relación con las adquisiciones de participaciones minoritarias, el siguiente paso sea el reconocimiento de que las participaciones minoritarias deben ser objeto de vigilancia administrativa de manera individualizada, como cualquier otro hecho o conducta que pueda tener efectos anticompetitivos en el mercado, sin necesidad de venir acompañadas de otras circunstancias. El apartado siguiente sugiere cuáles deberían ser los instrumentos jurídicos idóneos para esta tarea a la luz de la evolución del Derecho comunitario descrita en las líneas que anteceden.

c) *En busca del instrumento óptimo de intervención:
¿art. 81 TCE o posición dominante colectiva?*

De lo expuesto hasta ahora se puede inferir el siguiente marco de análisis. En primer lugar, las participaciones minoritarias —en el sentido del

⁴⁷ Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, Asunto COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù, apartados 269 a 279.

presente artículo, es decir, aquellas que no confieren control— entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones cuando van necesariamente unidas a una operación de concentración notificada. Respecto a las demás, si la empresa adquirente (o, según la teoría económica, también la empresa participada) es dominante, se aplicará el art. 82 TCE y la adquisición de dicha participación se puede considerar abusiva si tiene por efecto un cambio de los incentivos de la adquirente.

Fuera de estos casos quedan las participaciones minoritarias adquiridas por o en empresas no dominantes, que pueden suscitar problemas de competencia en mercados oligopolísticos con barreras de entrada, pero que no parecen tener un encaje cómodo ni en el art. 81 TCE (por la necesidad de la existencia de un acuerdo) ni en el art. 82 TCE (por requerir la existencia de una posición dominante)⁴⁸.

i) El art. 81 TCE

Respecto a la posibilidad de aplicar el art. 81 TCE, el primer obstáculo a salvar es el de la configuración de las participaciones minoritarias como «acuerdo entre empresas»⁴⁹. En el estado actual de la jurisprudencia del TJCE, para que exista un «acuerdo» debe demostrarse como mínimo que, de alguna manera, se ha producido una concurrencia de voluntades⁵⁰. La práctica concertada, por su parte, es un tipo normativo que cumple una función de cierre, principalmente destinado a sancionar acuerdos cuya prueba resulte especialmente ardua, pero que, en cualquier caso, también requiere una mínima concertación. Sin embargo, como ya se ha expuesto, los efectos no coordinados de una participación minoritaria no dependen de la concertación con la empresa participada, sino únicamente del cálculo que haga la empresa adquirente para la maximización de sus propios beneficios⁵¹.

No obstante, si se sigue la doctrina Philip Morris y se admite que las participaciones minoritarias pueden ser analizadas —incluso de manera autónoma— en sede de art. 81 TCE siempre que formen parte de un con-

⁴⁸ Quedarían también fuera del ámbito de aplicación de estas normas las participaciones minoritarias que confieren control (es decir, concentraciones) y que no superan los umbrales de notificación previstos en el Reglamento de concentraciones. Estas concentraciones entrarían en el ámbito de aplicación de las normas de control de concentraciones de los Estados miembros y, en caso de no alcanzar tampoco estos umbrales, debería entenderse que no son de una entidad suficiente como para ser objeto de análisis.

⁴⁹ Dejando a un lado, obviamente, los casos en que la participación minoritaria permite intercambiar información competitiva.

⁵⁰ Sentencia del TJCE de 6 de enero de 2004, Asuntos acumulados C-2/01P y C-3/01P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure c. Comisión («Bayer-Adalat»).

⁵¹ El debate sobre los problemas que plantea el concepto de «acuerdo» para abarcar todas las conductas que pueden llevar a colusión en el mercado excede del ámbito del presente artículo. Aunque existe una amplia bibliografía sobre este particular, remitimos al lector al reciente e ilustrativo trabajo de WERDEN, «Economic evidence on the existence of collusion: reconciling antitrust with oligopoly theory», *Antitrust Law Journal*, 71, 2004, p. 719.

junto más amplio de acuerdos, cabría hacer algunas puntualizaciones. En primer lugar, debería plantearse la posibilidad de adoptar un umbral *de minimis*, basado tanto en las cuotas de mercado de la adquirente y la participada como, posiblemente, en el porcentaje de participación minoritaria. De esta manera, se conseguiría acotar el ámbito de aplicación del art. 81 TCE respecto a estos supuestos, según lo sugerido por HAWK y HUSER⁵², con un umbral inferior (por debajo del cual la participación minoritaria se consideraría *de minimis*) y uno superior (que se sobrepasaría si la participación minoritaria confiriese control).

En segundo lugar, creemos que deben matizarse algunas críticas respecto a la idoneidad del análisis *ex post* del art. 81 TCE para regular los supuestos de participaciones minoritarias. La primera de ellas pone en duda la efectividad del análisis *ex post* dada la complejidad de los efectos anticompetitivos que plantean estos casos y el estado casi embrionario de los precedentes en esta materia, razón (entre otras) por la que JIMÉNEZ LAIGLESIA y JIMÉNEZ LAIGLESIA proponen, *lege ferenda*, que en determinados supuestos las participaciones minoritarias sean examinadas mediante el sistema de control *ex ante* del Reglamento de concentraciones⁵³. Ante ello, cabe plantearse si una solución menos lesiva y posiblemente menos costosa desde el punto de vista del *enforcement* no sería la de que la Comisión publicara unas directrices en las que expusiera su teoría del daño competitivo y explicara los casos en los que podría plantearse intervenir⁵⁴. Por otra parte, entendemos que no es la complejidad de un asunto la que debe determinar la aplicación del análisis *ex ante* (los asuntos enjuiciados de conformidad con los arts. 81 y 82 TCE también pueden ser extremadamente complejos), sino la superioridad, en el ámbito estructural, del instrumento del control preventivo sobre la imposición de remedios *ex post* (en particular, desinversiones), solución sensiblemente más traumática.

Por último, un sistema de control *ex ante* plantearía también problemas, en particular respecto a la predictibilidad del control, dada la dificultad de definir con precisión los umbrales de notificación⁵⁵. En efecto, para establecer si una determinada adquisición minoritaria debiera ser notificada como concentración, se requeriría un análisis material relativamente exhaustivo, poco compatible con la necesidad de determinar con claridad qué transacciones dan lugar a la incoación de un procedimiento administrativo de control. En este sentido, la analogía con las dificultades de evaluación de la necesidad de notificar que producen los umbrales basados en cuotas de mercado no puede ser más evidente.

⁵² *Op. cit.*

⁵³ *Op. cit.*

⁵⁴ De hecho, en el apartado 10 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal de 2001 la Comisión anunció su intención de adoptar directrices específicas sobre intercambios de información y adquisiciones de participaciones minoritarias en competidores.

⁵⁵ Ver el apartado 109 del Libro Verde para la reforma del Reglamento 4064/1989.

En relación con lo anterior, debe admitirse que es precisamente la posibilidad de intervenir antes de que se produzca el cambio estructural la que, en el pasado, podría haber inclinado la balanza a favor del examen *ex ante*. No obstante, esta ventaja parece menor tras la adopción del Reglamento 1/2003, cuyo art. 7 permite a la Comisión imponer remedios estructurales⁵⁶ (si bien este precepto plantea dudas en cuanto a las posibilidades reales de imponer remedios estructurales *ex post*). En efecto, en el caso de las participaciones minoritarias, no parece *a priori* excesivamente gravoso imponer una desinversión (al menos si lo comparamos con la desconcentración de una empresa fusionada). Sin embargo, puede plantear serios problemas si la adquisición de la participación minoritaria va indisolublemente unida desde el punto de vista de su ratio económica a otros acuerdos entre las partes, como parece ser el caso la mayoría de las veces.

ii) El art. 82 TCE y la posición dominante colectiva

La aplicación del art. 82 TCE para el examen de las adquisiciones de participaciones minoritarias choca con la exigencia de que la adquirente o la adquirida se encuentren en posición de dominio. Sin embargo, los sucesivos pronunciamientos del TJCE respecto a la aplicación del art. 82 TCE a las situaciones de abuso de posición dominante colectiva abren la vía a la aplicación del art. 82 TCE a todas las adquisiciones de participaciones minoritarias que no confieran control.

El concepto de posición dominante colectiva como presupuesto de la aplicación del art. 82 TCE fue desarrollado de manera incipiente por el TPI en la Sentencia Vidrio plano a partir de la noción de los «vínculos económicos»⁵⁷. Posteriormente, en un recurso relativo a un caso de concentración, el TPI refinó el concepto de posición dominante colectiva acercándolo a la teoría económica del oligopolio, aclarando que tales vínculos económicos no son necesariamente estructurales:

«No existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del

⁵⁶ En realidad, la Comisión ya impuso remedios estructurales antes de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 para resolver los problemas planteados por participaciones minoritarias (ver MOAVERO MILANESI y WINTERSTEIN, «Minority shareholdings, interlocking directorships and the EC competition rules, Recent comisión practice», *Competition Policy Newsletter*, 1, febrero 2002).

⁵⁷ «Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado» (Sentencia del TPI de 10 de marzo de 1992, Asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Società Italiana Vetro SpA y otros c. Comisión, *Rec.*, 1992, p. II-1403, apartado 358).

cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios»⁵⁸.

Otro elemento importante para la aplicación de esta teoría del oligopolio en sede de art. 82 TCE es que no se requiere que las empresas que se encuentran en posición dominante colectiva abusen conjuntamente de la misma, sino que el abuso puede producirse de manera individual⁵⁹. Con estas pautas, puede concluirse que la jurisprudencia del TPI abre la puerta al examen de los efectos anticompetitivos de las participaciones minoritarias que no confieren control con el instrumento que ofrece el art. 82 TCE. En efecto, este precepto permite no sólo analizar los efectos unilaterales derivados de la adquisición de participaciones minoritarias (es decir, los cambios de incentivos en la adquirente y, en su caso, en la adquirida), sino que, sobre la base de Gencor, permite examinar también los efectos coordinados en oligopolios estrechos con barreras de entrada. Y ello con la ventaja añadida, respecto al art. 81 TCE, de que no es necesario probar una connivencia expresa o tácita (un «acuerdo») para que se produzca el abuso.

Sin embargo, persiste la duda de si el art. 82 TCE podría aplicarse en situaciones en las que el poder de mercado estuviese concentrado en unos pocos operadores, pero que no se llegaran a considerar constitutivas de posición dominante colectiva por no ser suficiente dicho poder de mercado para permitir a esas empresas actuar de manera independiente de sus demás competidores. Claro que, entonces, sería también dudoso que, en ausencia de un poder de mercado suficiente, se pudiese aducir que las participaciones minoritarias entre los miembros del oligopolio (no «dominante» colectivamente) tuviesen el objeto o efecto anticompetitivo prohibido por art. 81 TCE⁶⁰.

⁵⁸ Sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999, Asunto T-102/96, Gencor Ltd c. Comisión, *Rec.*, 1999, p. II-753, apartado 276.

⁵⁹ «Si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva. Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales. Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el mercado» (Sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, Irish Sugar plc c. Comisión, *Rec.*, 1999, p. II-2969, apartado 66).

⁶⁰ Este último argumento podría concebirse como una interpretación a contrario de *Gillette*.

3. LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS NORMATIVOS

En España, los efectos anticompetitivos de las participaciones minoritarias han sido abordados tanto desde el punto de vista regulativo como aplicando las normas del Derecho de la competencia.

En el primero de estos ámbitos, los instrumentos de intervención estructural han ido encaminados a la limitación del porcentaje de participación accionarial en empresas competidoras, particularmente en los sectores energético y de telecomunicaciones. Así, el art. 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios ⁶¹, impone ciertas limitaciones respecto al ejercicio de derechos de voto y de representación en los órganos de administración de los «operadores principales» de determinados mercados (definidos como las cinco empresas con las mayores cuotas de cada mercado). El objetivo expreso de la norma, según se desprende del apartado 5 del citado art. 34 del Real Decreto-ley, es el de impedir los intercambios de información estratégica y evitar la coordinación de conductas.

En concreto, se prohíbe a los operadores principales ejercer derechos de voto en otros operadores principales en los que tengan una participación superior al 3 por 100 de su capital, así como designar miembros de sus órganos de administración. De manera similar, se prohíbe a cualquier persona física o jurídica que participe en el capital de dos o más operadores principales de un mismo mercado en una proporción igual o superior al 3 por 100 ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso de dicho porcentaje en más de un operador principal. Asimismo, se prohíbe a cualquier persona designar miembros de los órganos de administración de más de un operador principal.

Si bien estas normas parecen ajustadas a la finalidad de impedir intercambios de información competitiva en los órganos de dirección, no es tan claro el daño competitivo que se pretende evitar con la limitación del ejercicio de derechos de voto. Por una parte, según la teoría del daño competitivo de las participaciones minoritarias, en el caso de dos empresas competidoras participadas simultáneamente por un tercero, el posible efecto anticompetitivo se puede producir porque ejerce el control sobre una de la empresas participadas, de tal manera que cambian los incentivos de la empresa controlada, que tendrá en cuenta el impacto de su estrategia de precios en la otra empresa participada por el accionista

⁶¹ Modificado por el art. 18 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.

común⁶². Por tanto, tal vez la norma debería ser más flexible al establecer un umbral accionarial, pues es dudoso que un 3 por 100 de los derechos de voto pueda ser suficiente para ejercer dicho control.

Por otra parte, tampoco parece acertado ceñirse a limitar el ejercicio de derechos de voto en empresas competidoras, ya que, como se ha visto, el cambio de incentivos de la adquirente proviene de su interés financiero en la participada, no de su influencia en ésta. Desde el punto de vista de los incentivos de la participada, la limitación de los derechos de voto tendrá sentido si éstos permiten ejercer el control efectivo de la participada.

En el ámbito del Derecho de la competencia, en ausencia de una previsión específica en las distintas normas aplicables, el TDC ha dedicado su atención a las participaciones minoritarias únicamente en el ámbito del control de concentraciones. Aun cuando se ha fijado preferentemente en las posibilidades de intercambiar información, en algún caso ha realizado un análisis expreso del efecto de las participaciones minoritarias en los incentivos de las empresas en cuestión. Un ejemplo de ello lo constituye el Informe BBV/Argentaria/Caja Postal/Banco Hipotecario⁶³, en el que el TDC no sólo analizó la posibilidad de que se produjeran intercambios de información estratégica, sino que entró a valorar el riesgo de coordinación de conductas derivado de la presencia simultánea de BBVA, a través de sendas participaciones minoritarias, en el principal operador del mercado de contenidos (Sogecable) y en el operador dominante en infraestructuras de telecomunicación (Telefónica)⁶⁴.

B. ¿UN EJEMPLO DE «PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA» DEL ART. 1 LDC?

En un momento en que el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia plantea la posibilidad de eliminar las conductas conscientemente paralelas como tipo de prohibición del art. 1 LDC —tal como reclama gran parte de la doctrina— la cuestión de las participaciones minoritarias puede reavivar el debate sobre la conveniencia de mantener dicha conducta en la LDC. En efecto, de lo expuesto hasta ahora en relación con el Derecho comunitario se deduce que la valoración de los efectos anticompetitivos de las participaciones minoritarias no encuentra un acomodo incuestionable ni en las normas de conducta ni en las de control de estructuras. En el fondo, ello es producto de las limitaciones que, en el Derecho sancionador, impone el principio de tipicidad a la hora de fijar las conductas reprobables frente a la riqueza de

⁶² Ver capítulo 1.2.b).

⁶³ Expediente de concentración económica 47/99.

⁶⁴ Como se puede apreciar, este análisis sigue las pautas del Real Decreto-ley 6/2000.

situaciones anticompetitivas que pueden darse en los mercados, particularmente en aquellos casos en los que están presentes varias empresas pero no hay realmente un acuerdo, y en los que, a la vez, existe un cierto poder de mercado y existen barreras de entrada, sin que necesariamente se dé una posición de dominio.

Conviene preguntarse, por tanto, si no es en esta «tierra de nadie» entre la norma que prohíbe los acuerdos restrictivos y la que prohíbe el abuso de posición dominante, y entre estas dos y la que permite el control incipiente de la estructura de los mercados, donde el art. 1 LDC, al extender el tipo de prohibición a las prácticas «conscientemente paralelas», adquiere plena virtualidad. Cabría considerar, en efecto, si los cambios de incentivos que pueden engendrar las adquisiciones de participaciones minoritarias no podrían tener cabida en el concepto de práctica conscientemente paralela, en la medida en que éste no parece requerir (al menos, en teoría) el elemento consensual que sí es imprescindible, de manera más o menos intensa — más o menos explícita —, en los acuerdos y en las prácticas concertadas⁶⁵.

Sin embargo, este argumento tropieza precisamente con las dos críticas al concepto de práctica conscientemente paralela más extendidas entre la doctrina. En primer lugar, se ha argumentado con acierto que, a pesar de que teóricamente se pudiera defender que la práctica conscientemente paralela no requiere un acuerdo de ningún tipo, lo cierto es que, en la práctica, el TDC (en las contadas ocasiones en que ha recurrido a este concepto) ha acabado justificando la existencia de una infracción del art. 1 LDC recurriendo a criterios típicos de la práctica concertada. La necesidad de justificar la imputación del efecto anticompetitivo a una cierta actividad de las empresas, por mínima que ésta sea, ha hecho que el TDC, sabiamente, no haya querido ser más audaz que el TJCE en Philip Morris.

En segundo lugar está el problema de que la tipificación de las prácticas conscientemente paralelas como infracción del art. 1 LDC permite el exceso de sancionar el simple paralelismo de conductas inevitable en los mercados oligopolísticos, incluso en ausencia de colusión en sentido jurídico (es decir, en ausencia de un «acuerdo»). Es más, desde el punto de vista de la eficacia de la norma y de su función disuasoria, es cuestionable la oportunidad de prohibir un comportamiento (el paralelismo) inevitable dada la estructura del mercado.

⁶⁵ Por lo demás, la utilidad del control *ex post* para enjuiciar los efectos anticompetitivos de las participaciones minoritarias en el marco de las conductas conscientemente paralelas se vería reforzada con la habilitación expresa a la futura Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (o cualquier otro organismo que cree la futura Ley de Defensa de la Competencia) para imponer remedios estructurales en sede de art. 1 LDC, de manera similar a lo previsto en el art. 7 del Reglamento 1/2003.

A la luz de estas consideraciones, parece conveniente enmarcar el análisis de las participaciones minoritarias en Derecho español en el concepto de dominio colectivo (perfectamente aplicable en nuestro ordenamiento de conformidad con la redacción del art. 6 LDC), según las pautas explicadas al estudiar el ordenamiento comunitario. Todo ello con la ventaja añadida de que, de este modo, el ordenamiento español estaría en mejor armonía con el comunitario, lo cual, sin constituir ninguna ventaja *per se*, sí conlleva — así lo creemos — una mayor seguridad jurídica.

ENTREPRENSA Y COMPETENCIA

Ignacio Villar
 Profesor titular
 Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla

El artículo 101 de la Constitución Española y el artículo 115 del Reglamento (CEE) sobre el Tratado de Roma (1957) establecen la obligación de los Estados miembros de adoptar y mantener y poner en práctica las disposiciones de Derecho de la UE, relativas a la UE y al comercio con sus Estados miembros y a la UE. En consecuencia, las disposiciones del Tratado General de Comercio Libre, promulgadas en 1957, se aplican a todos los Estados miembros que han aceptado el tratado y el comercio con los Estados miembros que han aceptado el tratado. El artículo 101 de la Constitución Española establece que los Estados miembros de la UE deben adoptar y mantener y poner en práctica las disposiciones de Derecho de la UE, relativas a la UE y al comercio con sus Estados miembros y a la UE. En consecuencia, las disposiciones del Tratado General de Comercio Libre, promulgadas en 1957, se aplican a todos los Estados miembros que han aceptado el tratado y el comercio con los Estados miembros que han aceptado el tratado.

El artículo 101 de la Constitución Española establece que los Estados miembros de la UE deben adoptar y mantener y poner en práctica las disposiciones de Derecho de la UE, relativas a la UE y al comercio con sus Estados miembros y a la UE. En consecuencia, las disposiciones del Tratado General de Comercio Libre, promulgadas en 1957, se aplican a todos los Estados miembros que han aceptado el tratado y el comercio con los Estados miembros que han aceptado el tratado.

El artículo 101 de la Constitución Española establece que los Estados miembros de la UE deben adoptar y mantener y poner en práctica las disposiciones de Derecho de la UE, relativas a la UE y al comercio con sus Estados miembros y a la UE. En consecuencia, las disposiciones del Tratado General de Comercio Libre, promulgadas en 1957, se aplican a todos los Estados miembros que han aceptado el tratado y el comercio con los Estados miembros que han aceptado el tratado.

El artículo 101 de la Constitución Española establece que los Estados miembros de la UE deben adoptar y mantener y poner en práctica las disposiciones de Derecho de la UE, relativas a la UE y al comercio con sus Estados miembros y a la UE. En consecuencia, las disposiciones del Tratado General de Comercio Libre, promulgadas en 1957, se aplican a todos los Estados miembros que han aceptado el tratado y el comercio con los Estados miembros que han aceptado el tratado.

RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA Y COMPETENCIA

Joaquín TRIGO
Director ejecutivo
Fomento del Trabajo Nacional

La comunicación de la Comisión Europea (CE) define la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE) como «la integración voluntaria de las preocupaciones sociales y medioambientales en las operaciones de negocio de una empresa y en su relación con sus *stakeholders*» (2002). El *Global Compact* propuesto por el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan en 1999 se presenta como «una iniciativa ciudadana empresarial voluntaria» que busca con el poder de la acción colectiva el avance en la ciudadanía empresarial responsable para que las empresas sean parte de la solución a los retos de la globalización. Así, el sector privado —en asociación con otros agentes sociales— puede contribuir a realizar la visión del Secretario General: una economía global más sostenida e inclusiva.

Hay otras definiciones de RSE que incorporan diferencias importantes, así «el conjunto de obligaciones y compromisos, legales y éticos, nacionales e internacionales, con los grupos de interés, que se derivan de los impactos que la actividad y operaciones de las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, medioambiental y de los derechos humanos» (M. DE LA CUESTA y C. VALOR, 2003). Esta versión elimina el carácter voluntario y pone en primer lugar, en cuanto a la recepción y valoración de la información (económico-financiera, social y medioambiental) y capacidad de exigir responsabilidades, a los grupos de interés que se proclaman protagonistas de la validación de la actuación empresarial en este ámbito.

El énfasis en la dimensión voluntaria deriva de varias consideraciones (ver OIE 2003, 2005).

— Esas actuaciones van más allá de lo exigido por la normativa, que en las sociedades desarrolladas es mucho. Por tanto, si lo que se pide es relevante debe regularse, pero, en ese caso, la responsabilidad escaparía a los gestores y propietarios para corresponder al organismo regulador.

— Acciones de esa naturaleza tienen implicaciones en la imagen de la empresa, propician una diferenciación que tiene sentido si es voluntaria pero que se desnaturaliza si viene impuesta, pues la connotación ética de la voluntariedad se pierde cuando se hace por coerción.

— Otra razón estriba en que los gestores de la empresa carecen de conocimientos respecto a qué actuaciones sociales son prioritarias, pues aunque hay criterios para hacerlo (ver V. GUÉDEZ, 2005), no tienen criterios precisos como los que rigen su inversión productiva y tampoco saben gestionar lo que trasciende su actividad productiva.

— Los gestores empresariales no están en condiciones de establecer un *trade off* entre la actuación típica de la empresa y la actuación que se encuadra en responsabilidad social. Han de hacer lo que dice la ley y lo que mejora el rendimiento de la actividad. En algún caso se pueden encontrar sinergias que apoyen ambas líneas de actividad, pero en la mayor parte es muy difícil o imposible establecer un deslinde basado en criterios rigurosos.

— Igualar actuaciones que exceden lo que exigen las normas cercena la creatividad empresarial. Esto elimina diferencias e impide beneficiarse de las experiencias que hayan demostrado ser más eficaces.

Adicionalmente a lo anterior esas contribuciones a actividades externas deben cumplir ciertas condiciones para ser legítimas y o hacer incurrir en responsabilidades a quienes las deciden: a) Estar explícitamente autorizadas como política de la empresa por la Junta de Accionistas. b) Cada caso que plasme esa política ha de estar aprobado por el Consejo de Administración. c) La atribución para los pagos pertinentes debe estar plasmada en los poderes de los directivos que transfieren los fondos. d) La regulación fiscal debe especificar el tratamiento que corresponde a esos casos.

La apelación a favor de regular la RSE (M. DE LA CUESTA, C. VALOR e I. KREISLER, 2003) resalta otros aspectos como:

— Prevención de los *free riders* que intentarían escapar a esa responsabilidad si no hubiera un marco regulatorio.

— Prevenir la actuación de la «empresa interesada» que se orientaría hacia las actividades que más beneficio pudieren reportar (por mejorar la eficiencia, por mejorar la visibilidad del mercado...) y, al mismo tiempo, marginar o posponer iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) que resulten de más interés para los *stakeholders*. La RSE no es sinónimo de acción social, ésta es una parte, pero RSE también implica replantear la gestión interna de la empresa.

— Acceso a la información aportada por las empresas que no suele ser ni completa ni detallada ni se ofrece con la necesaria periodicidad. Unas bases o marco orientador que exija a las empresas publicar toda la información relevante para el consumidor/inversor.

— El bien común, pues no hay bienes públicos más claros que, precisamente, el medio ambiente y la sociedad. Las externalidades que ge-

neran las empresas deben internalizarse y el Estado debe proteger a las «víctimas» de esas externalidades; y éstas no son otras que la sociedad actual y futura.

— Algunas empresas podrían estar dispuestas a asumir un proceso de RSE pero no pueden por falta de medios y conocimiento (especialmente las PYMES). Esas dificultades podrían, en parte, ser solventadas por el establecimiento de incentivos legales y/o fiscales por parte de las Administraciones Públicas.

La asimetría de argumentaciones evidencia que los enfoques y las concepciones subyacentes son contrapuestas y, quizá, irreductibles. En el primer caso se parte de que hay una normativa que se cumple (las empresas de la economía formal al menos lo hacen y padecen la competencia desleal de las irregulares, que evitan costes). Además de cumplir con la normativa, realizan otras actividades voluntarias en cuanto a información, acción social, prácticas internas, etc., que serían constitutivas de RSE.

Las recomendaciones de la CE se aplican: se fomenta la empleabilidad a través de la formación permanente (en España una parte de la cuota de la Seguridad Social se aplica a este fin); las reconversiones de empresa se pactan con los sindicatos; los costes medioambientales se internalizan; se evitan las discriminaciones laborales, en España, la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) favorece la colocación de personas con minusvalías y penaliza a quien no llega a la cuota fijada; la información a los accionistas debe incorporar el criterio medioambiental mencionado explícitamente por la recomendación de la Comisión de 30 mayo de 2001; y se ha incorporado a las empresas cotizadas un código de gobernanza. En el ámbito laboral, la participación directa de los trabajadores en la gestión empresarial se va introduciendo en convenios colectivos (SEAT y NISSAN) que son fuente de Derecho laboral y que, en los casos mencionados, son un referente para otras negociaciones.

La Comisión sigue su propia estrategia de dar a conocer mejor el impacto de la RSE en las empresas, fomenta el intercambio de experiencias y buenas prácticas en esa materia, impulsa su adaptación en las PYMES, promueve la convergencia y difusión de instrumentos de RSE. Ha creado foros multilaterales y observatorios en este ámbito e integra la RSE en las políticas comunitarias.

Las empresas, en su propio interés, que incluye la mejora de motivación de los empleados, prevenir incidencias negativas por parte de consumidores o *stakeholders*, y también el aumento de la rentabilidad y la solidez de su desarrollo, avanzan en incorporar la RSE a sus estrategias (ver V. KEMP, 2001; A. D. LITTLE, 2003; M. HOPKINS y R. COWE, 2003; I. DAVIS, 2005) y en implicar a los trabajadores en la gestión cotidiana con procedimientos como el *empowerment*. Los observatorios creados por escuelas de negocios y universidades dan cuenta de los avances en este ámbito (M.^a L. CASTILLA, 2003; M. A. FERNÁNDEZ IZQUIERDO,

M. J. MUÑOZ y M. R. BALAGUER, 2005). Las Administraciones Públicas (AAPP) españolas están fomentando la RSE (A. LAFUENTE FÉLEZ, V. VISUALES EDO, R. PUEYO VISUALES y J. LLARIA APARICIO, 2003; Fundación Empresa y Sociedad y CSR Europe, 2003), pero esto no satisface a quienes proponen de la RSE regulada.

La argumentación antes expuesta a favor de la regulación es cuestionable en todos sus términos y en buena parte de sus omisiones.

— Como primer punto, la actividad empresarial está regulada en todos sus aspectos, desde la constitución hasta la extinción, en la información laboral, fiscal y medioambiental que ha de entregar con periodicidad, en la información de estados financieros que debe llevar a los Juzgados y al Registro Mercantil y en las escrituras y poderes que debe realizar ante fedatario público y llevar a registro. Según su dimensión está auditada en lo que concierne a su situación económica y financiera, medioambiental, calidad, prevención de riesgos laborales, protección de datos personales. Las actividades sensibles, como las relacionadas con la alimentación, la salud o las que son potencialmente peligrosas, deben ser realizadas por personal especializado y autorizadas convenientemente. Los materiales prohibidos están tipificados y ante cualquier contingencia los administradores y propietarios han de dar cuentas.

— En la economía irregular se opera al margen de la normativa, debido, entre otras cosas, al coste de cumplimiento, con lo que si éste aumenta lo hace el atractivo para seguir en esa actividad. La adopción de RSE se propone sin conocer plenamente su impacto real en los consumidores, que parece más bien pequeño y asimétrico, de modo que las decisiones de compra no se toman considerando la actitud social de la empresa, pero sí pueden ser importantes las acciones que evidencien descontento con acciones o actitudes (A. LADRÓN DE GUEVARA, 2005).

— La «empresa interesada» lo estará con o sin regulación y sus gestores encontrarán la vía del cumplimiento formal para tener la orientación que deseen sin que los códigos y certificaciones sean disuasorios. La calidad moral de los directivos empresariales no es mejor ni peor que la de cualquier otro colectivo, como los profesores de universidad, abogados, periodistas, auditores o poetas. Las circunstancias del entorno, la situación personal y muchos otros factores propician comportamientos incorrectos o delictivos sin que el rigor de la justicia o los imperativos de la moral hayan sido capaces de extinguir las acciones reprobables.

— La oferta de información hecha por las empresas nunca será perfecta y pronto entra, si no lo ha hecho ya, en rendimientos decrecientes. En las decisiones de consumo se considera tanto el precio como el coste de búsqueda y de transacción. La inmensa mayoría de los consumidores no está dispuesta a pagar cualquier cantidad por etiquetas trazadoras —a veces descartadas por los proponentes iniciales por su excesivo coste— que, en la mayor parte de los casos, el comprador ni siquiera lee. La propensión a informarse de los profesionales y analistas está lejos de la que

tienen los consumidores e incluso de la que se les supone. La normativa de etiquetado, las lenguas en que debe hacerse, los avisos acerca de composición, de modalidades de uso y otras peculiaridades ya está en vigor.

— La normativa medioambiental está estructurada y se aplica. En tanto que regulación nueva, hay plazos de adaptación, pero también exigencias crecientes supervisadas por Tribunales especializados. Las normativas europeas, especialmente comparadas con las de Estados Unidos, los países que han abandonado la economía planificada y los mercados emergentes, son especialmente rígidas a este respecto e imponen un sobre coste que afecta a la competitividad. Por ejemplo, aditivos como los cloro alcanos en $C_{10}-C_{13}$, parafinas cloradas de cadena corta (se utilizan en el engrasado del cuero) y los colorantes azoicos (sintetizados a partir de aminas aromáticas, usados en la fabricación de colorantes para textiles y con efectos potencialmente cancerígenos probados) están prohibidos en la UE pero, paradójicamente, los contienen algunas prendas de ropa que pueden importarse sin restricciones desde China a países de la UE, en virtud de acuerdos previos a la entrada de China en la Organización Mundial de Comercio (OMC). Esto no será arreglado por la RSE.

— Si la RSE parte de mantener la rentabilidad y añade al resultado económico la aportación social y la medioambiental, no necesita ayudas. Si la RSE mejora la eficiencia y la competitividad, las empresas la aplicarán.

1. REGULACIÓN DE LA RSE Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Si se busca imponer una normativa adicional es porque no está claro el efecto final en la eficiencia de la empresa, o bien porque se busca otra cosa o, quizá, por los dos motivos a la vez. Para proponer una norma es importante aquilatar costes estimados (pagos más dedicación a formarse en la norma, aplicarla, llevar registros y atender auditores e inspectores), calcular los beneficios esperados, anticipar efectos secundarios y ver como evitarlos o, si es imposible pero hay razones de peso para asumir el riesgo implicado, hay que minimizar su impacto y compensar debidamente de los perjuicios causados. En la literatura que propugna las ventajas de la RSE y en la que se insta a su regulación directa faltan esos aspectos, porque se incumple con los requisitos básicos de estudio económico o análisis coste-beneficio que han de llevar las normas de contenido económico.

En distintos textos sobre la RSE se han hecho sugerencias acerca del papel que pueden tener las instancias gubernamentales en promover la RSE. Así, el *European Multistakeholder Forum on CSR* (29 de junio de 2004) recoge las diferentes posiciones:

— Para las ONG's y los sindicatos, las autoridades públicas podrían facilitar la RSE a través de las compras públicas, de los créditos a la

exportación, políticas comerciales, así como elegibilidad para recibir subsidios y rebajas tributarias.

— Para las empresas y organizaciones empresariales, las autoridades públicas deberían promover el conocimiento, difundir buenas prácticas y actuar ellas mismas con los mismos criterios que exigen al sector privado. Las actuaciones directas y la aportación de fondos podrían tener consecuencias perjudiciales para las PYMES, además de distorsionar la competencia y la naturaleza voluntaria de la RSE.

— Otras posturas sugieren que la RSE no es un argumento contra la regulación ni un escalón hacia ella. La RSE no sustituye a la legislación ni al diálogo social ni al partenariado social. Sigue habiendo distancia entre los diferentes grupos de *stakeholders* acerca de los méritos del enfoque voluntario y del regulado para mejorar la sostenibilidad de las empresas.

De forma concreta, y explícitamente a favor de la opción intervencionista de las AAPP, en A. LAFUENTE, V. VISUALES, R. PUEYO y J. LLARÍA (2003) y en S. BENBENISTE, R. PUEYO y J. LLARÍA (2004) se sugieren acciones en línea con alguna de las actuaciones de diferentes países europeos que se recogen en *Corporate social responsibility. National public policies in the EU* (CE, 2004). Estas políticas se centran en cuatro áreas:

— *Consumo*. Fijación de criterios para uso de etiquetas específicas de tipo social, ético o ecológico, de modo que el consumidor tenga la certeza de que los productos que las llevan cumplen con los requisitos exigidos para merecerlas. En la medida en que los consumidores dan valor a estas etiquetas su obtención aporta una ventaja comparativa.

— *Contratación pública*. Las compras de las AAPP representan en torno al 15 por 100 del PIB de los países de la UE. La introducción de un criterio de RSE que favorezca a las empresas que lo tengan sería una ventaja a la hora de licitar en los concursos para suministro de bienes y servicios a las AAPP.

— *Inversión*. En general, consiste en obligaciones de información sobre los criterios que inspiran las políticas de inversión que aplican los gestores de fondos de inversión o fondos de pensiones. Si un fondo se define como ético, esto conlleva obligaciones adicionales de selección y seguimiento de las empresas en que se invierte, de modo que, además de considerar la información económico financiera, tenga en cuenta factores sociales, éticos, ocupacionales, medioambientales y afines en sus decisiones e informe con transparencia de la gestión realizada.

— En algún caso se han dado *ayudas directas y otros incentivos*, los más habituales son premios otorgados a acciones destacadas en el plano laboral por mejoras en la conciliación de vida laboral y personal, integración de discapacitados, mejora en la formación. Estos premios reciben publicidad y ésta mejora la reputación de las empresas que los obtienen.

Algunas de estas actuaciones suponen pocos riesgos para la competencia. Por ejemplo, las etiquetas suponen una constatación de una dife-

rencia verificable y acreditada. Se ha pagado por obtenerla y si los clientes consideran que es una característica relevante pueden cambiar sus preferencias de consumo, e incluso pagar un sobrepago. Lo mismo ocurre con los premios que, si están abiertos a que cualquiera acredite los méritos que se valoran y el jurado es imparcial, suponen un reconocimiento legítimo al que puede optar cualquier empresa. Las ventajas en la concesión de créditos públicos son vigiladas por los servicios de la UE para evitar que se conviertan en una ventaja competitiva.

Las demás opciones de ayuda están sujetas a restricciones importantes. La normativa comunitaria precisa que la adjudicación de contratos públicos o de suministros a las AAPP y a las organizaciones dependientes, se ha de realizar en base a la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico, teniendo en cuenta que en modo alguno se pueden introducir condiciones que beneficien a empresas nacionales en detrimento de las de otros países de la UE. No obstante, en dos comunicaciones de la Comisión interpretativas de la legislación comunitaria de contratos públicos se mencionan las posibilidades de introducir aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de 28 de noviembre de 2001). En el caso de la dimensión social se apunta esa posibilidad siempre que no limite el acceso a licitadores de otros Estados miembros, no tenga por efecto el eliminar o aventajar a un licitador, cuando ese criterio tenga efectos económicos beneficiosos ligados al producto o servicio del contrato. En lo que respecta a consideraciones medioambientales, siempre que las acreditaciones se basen en las modalidades preexistentes y no en otras *ad hoc*, si la eficiencia medioambiental mejora la calidad del suministro o la de la empresa para ejecutar un contrato, cuando sea una ventaja económica para la entidad contratante, cuando reduzca los costes sobrevenidos durante el ciclo vital del producto o tenga en cuenta otros costes medioambientales.

En los años 2003 y 2004, la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública (2004) trabajó sobre propuestas de mejora de esa contratación. Las sugerencias que aporta se basan en los principios de competencia, no discriminación, igualdad de trato, transparencia y libertad de circulación con el fin de facilitar el acceso de las empresas a las AAPP, reducir barreras e incrementar la competencia. Si a las características de mejor oferta se les debieran añadir otras de contenido social o actuación medioambiental que vayan más allá de lo recogido en los textos comunitarios aumenta la complejidad en la toma de decisiones y se arriesga la eficiencia en las adjudicaciones. Si la RSE mejora la eficiencia, entonces no es preciso tenerla en cuenta. Si no es así, debería precisarse la jerarquía de criterios que fundamentan las decisiones de acuerdo con una ordenación lexicográfica y ser tenido en cuenta en igualdad de las otras circunstancias, que es una situación poco habitual, pues, aunque las ofertas están aquilatadas y se parecen mucho, la igualdad absoluta es infrecuente. Aunque ésta

podiera darse en la parte económica, no la habría en la calidad del oferente, que indica su capacidad de cumplimiento, los antecedentes de adjudicaciones similares, los recursos económicos técnicos y humanos con que cuenta y otros aspectos.

En realidad lo que se trata de defender es que se mantenga la eficiencia en la contratación pública y la defensa de la competencia. El *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, presentado por el Ministerio de Economía y Hacienda el 20 enero de 2005, dedica su Capítulo VI a las ayudas públicas. En él se recuerda que el art. 87 del Tratado CE se basa en un principio general de incompatibilidad de las ayudas públicas con el mercado común, aunque hay supuestos en los que son compatibles. El art. 88 fija el procedimiento de aprobación por el que los Estados miembros tienen que notificar cualquier proyecto de concesión de ayuda antes de su ejecución y se confiere a la Comisión Europea la potestad de declarar la incompatibilidad de las ayudas propuestas, así como su supresión o modificación, siempre que afecten a los intercambios comunitarios. Si las ayudas vinculadas a la asunción de RSE fueran relevantes y se hicieran en un país aislado, la CE podría hacer objeciones cuestionando su pertinencia.

Tanto en el caso de la contratación pública como en el de las ayudas debe evitarse la discriminación y cada medida debe estar enfocada a conseguir un objetivo preciso. Este principio de política económica, expuesto por J. TIMBERGEN (1956), proscribía perseguir varios objetivos con una misma medida y, al contrario, cuestionar la eficiencia de algunas actuaciones so pretexto de conseguir otras finalidades. Así, las compras y los servicios a las AAPP deben ser eficientes desde el punto de vista económico y realizarse en concurrencia, la protección del medio ambiente debe hacerse por la vía de hacer internalizar todos los costes en que se incurre en los procesos productivos y la autorización o prohibición de uso de productos o la fijación de cuantías tolerables. El logro de determinados niveles de protección social puede conseguirse a través de la regulación laboral y los mecanismos con que cuenta el Estado del bienestar.

Las distorsiones a la competencia que conlleva la RSE en los términos en que sugieren las propuestas comentadas se dan en la relación entre empresas. Así, las guías de aplicación como la de CECOT 2005. Las consideraciones que siguen se basan en esta guía, pero sus contenidos no difieren de otras similares, por lo que son de validez general. Uno de los puntos discutibles es el de la participación voluntaria de los empleados de la empresa en la «acción social» que ésta realiza en la comunidad en que está ubicada. Aunque no queda claro, no se excluye que debe ser retribuida como tiempo de trabajo, por lo tanto, no se especifica si la decisión y el pago lo hace la empresa o es voluntario. Eso es fuera del centro de trabajo y en condiciones ajenas a las de convenio, lo que plantea dudas sobre la legitimidad. Si no está retribuido y se realiza fuera de la jornada laboral, va en contra de la conciliación de la vida personal y familiar con

la profesional. Si es una «sugerencia», su legitimidad es discutible y la eficacia de la actuación en estos casos es dudosa, por ello sorprende que sea parte de una guía con pretensión de aplicación general. Obviamente esto no tiene por qué afectar a la competencia a menos que las autoridades locales y provinciales consideren que esta actitud es una ventaja a la hora de contratar con las AAPP.

Uno de los problemas es la ingerencia en la actividad de los proveedores y la exigencia de los requisitos que la empresa se fija a sí misma. El art. 38 de la Constitución española reconoce la libertad de empresa y, por tanto, la libra de injerencias externas. El comprador puede exigir cuanto considere apropiado al producto o servicio que compra, pero no tiene derecho a inmiscuirse en el cómo se aporta. Sólo las AAPP están habilitadas para hacer recabar información y realizar las inspecciones adecuadas a sus prerrogativas concretas. Esto es especialmente grave cuando se refiere a proveedores extranjeros que pueden ver la injerencia como una manifestación de arrogancia de los compradores de países desarrollados.

Si a los proveedores extranjeros se les exigen las pautas de relaciones laborales y de incidencia medioambiental que hay en los países desarrollados lo verán como vulneración de su soberanía. Esa exigencia no es equitativa porque los países hoy desarrollados, cuando estaban en niveles de desarrollo inferiores a los actuales, no estaban obligados al comportamiento que ahora exigen a terceros. Con ese requisito se perjudica la competitividad de las ofertas de los países subdesarrollados y se crea una barrera de entrada a sus productos exigiendo certificaciones de obtención costosa. El hecho es que la UE, antes de la entrada de China en la OMC, acordó con ella que los estándares medioambientales exigidos a la producción en China sirven para la UE. Por lo tanto, no hay base legal para exigir más de lo que está aprobado por convenio internacional y, siendo eso así, ¿cómo se puede exigir a empresas de Bolivia, de India o de Marruecos lo que no se exige a las de China?

En el plano de las relaciones laborales, las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales mencionan como segundo punto de los Principios Generales que han de «respetar los derechos humanos de las personas afectadas por sus actividades de conformidad con las obligaciones y compromisos internacionales del gobierno de acogida». En el Capítulo IV «Empleo y relaciones laborales el punto 4a) plantea «respetar una norma de empleo y relaciones laborales que no sean menos favorables que las respetadas por empresas comparables del país de acogida». Consideraciones adicionales pueden ser valiosas, pero en modo alguno exigencias que si no rigen para las empresas extranjeras en un país, tampoco deben aplicarse a las locales.

La asimetría se concreta al hablar de proveedores locales donde se valora positivamente el dar una «prima de proximidad» a los proveedo-

res... si es repercutible en precio. Esto es un trato discriminatorio frente a proveedores menos cercanos; es un perjuicio al comprador (y por extensión al país porque repercute en el Índice General de Precios de Consumo); y, aunque por el momento el sobrecoste se pueda trasladar a precio, es pérdida de competitividad para la empresa que lo hace. Por otra parte, suponiendo que hubiera alguna actitud ética en primas al proveedor menos eficiente, si se paga con recursos ajenos pierde ese carácter. En el mismo plano de relación con proveedores se insta a que estén certificados, valorándose altamente el sustituir al que no se certifique como socialmente responsable, con independencia de que en el pasado pudiera haber mostrado lealtad y haber sido sensible a dificultades pasadas del comprador.

2. CONCLUSIÓN

La propuesta de regular en los distintos planos comentados choca con la voluntariedad que piden las empresas y sus organizaciones. Presenta aspectos de incoherencia, tiene debilidades de fundamentación, especialmente en cuanto a costes, efectos laterales y a evidencia de sus ventajas respecto a otras vías de obtener resultados similares. Las propuestas y argumentaciones a favor ni siquiera toman en consideración las alegaciones empresariales y el debate con posiciones contrarias [con excepciones notables, ver T. G. PERDIGUERO y A. GARCÍA RECHE (eds.), 2005] no es tal, sino que se sustituye por descalificaciones globales.

Percepciones como la inexistencia de regulación en la vida empresarial o la ausencia de costes de cumplimiento, la ingenuidad con que se supone que la nueva normativa se aplicará en su totalidad y según la intención del regulador sorprenden porque el Estado ha sido incapaz de responder a algunas expectativas sociales y ahora se pide a las empresas que colmen los vacíos que se detectan. Es razonable, hasta cierto punto, que esto se considere así en algunos países subdesarrollados, donde Estados fracasados han sido incapaces de atender a carencias básicas de la población, no rige el imperio de la ley y, en consecuencia, tampoco hay mercados, ya que sólo florecen en el Estado de Derecho. De situaciones así derivan algunos textos como el de UNRISD (2005), que, no obstante, propenden a elevar algunos casos aislados a la condición de categoría.

La ausencia argumental de los proponentes de la regulación y la falta de reconocimiento de los avances reales contrasta con la aplicación creciente del *Global Compact*, las recomendaciones de la OCDE, de la OIT y de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, 2004), así como con la solidez del *business case* a favor de la implantación en la empresa (S. BEVAN, N. ISLES, P. EMERY y T. HOSKINS, 2004). Lo anterior indica que se avanza hacia una RSE sostenible (Ph. BRONCHAIN, 2003), esto es, con un arraigo más profundo que el de una tendencia de gestión empresarial, por eso se extiende a las PYMES (ver UNIDO, 2002 y 2004) suscita acuerdos entre

Gobiernos, sindicatos y trabajadores (ver OIT, 2001), se extiende al consumo (CECU, 2004 y 2005) y cambia las pautas de los consumidores (G. GUIRAN, 2005). Eso no obsta para que los abusos, quizá por exceso de celo, especialmente los derivados de una regulación innecesaria y discutida (ver J. TRIGO, 2005), deban prevenirse y, asimismo, la argumentación acerca de las actitudes oportunistas (ver D. HENDERSON, 2001) y la dimensión ética (E. STERNBERG, 2003) también deben añadirse.

BIBLIOGRAFÍA

- BENBENISTE, S.; PUEYO, R., y LLARÍA, J., (Fundación Ecología y Desarrollo), *Responsabilidad social corporativa y políticas públicas*, Fundación Avina, 2004.
- BEVAN, S.; ISLES, N.; EMERY, P., y HOSKINS, T., *Achieving high performance. CSR at the heart of business*, The Virtuous Circle, 2004.
- BRONCHAIN, P., *Towards a sustainable corporate social responsibility*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2003.
- CECOT, *Guía de la responsabilidad social en las PYMES: la propuesta de CECOT*, CECOT, 2005.
- CONFEDERACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (CECU), *La opinión y valoración de los ciudadanos sobre la responsabilidad social de la empresa en España*, CECU, 2004.
- *La opinión y valoración de los consumidores sobre la responsabilidad social de la empresa en España*, CECU, 2005.
- COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*, Bruselas, 2 de julio de 2002, COM (2002), 347 final.
- Observatory of European SMEs 2002/4, *European SMEs and Social and Environmental Responsibility*, núm. 4/2002.
- Employment & Social Affairs, *Corporate social responsibility. National public policies in the European Union*, 2004.
- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL ESTUDIO Y DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Informe y conclusiones*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 2004.
- CASTILLA, M.; CARBAJAL, A., y DÍAZ DE LA HOZ, J., *Responsabilidad social corporativa: tendencias empresariales en España*, Price Waterhouse Coopers, 2003.
- CUESTA, M. de la, y VALOR, C., «Responsabilidad social de la empresa: concepto, medición y desarrollo en España», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2755, 20-26 de enero de 2003.
- CUESTA, M. de la; VALOR, C., y KREISLER, I., «Promoción institucional de la responsabilidad social corporativa. Iniciativas internacionales y nacionales», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2779, 22-28 de septiembre de 2003.
- DAVIS, I., «The Biggest Contract», *The Economist*, 26 de mayo de 2005.
- EUROPEAN MULTISTAKEHOLDER FORUM ON CSR, *Final Results & Recommendations*, 29 de junio de 2004.
- FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M. A.; MUÑOZ, M. J., BALAGUER, M. R., *La responsabilidad social corporativa: relaciones entre la performance social, financiera*

- y *bursátil de la empresa*, Documento de Trabajo núm. 23, Fundación SIS y Observatorio Responsabilidad Social Corporativa Universidad Pompeu Fabra, 2005.
- FUNDACIÓN EMPRESA Y SOCIEDAD Y CSR EUROPE, *Fomentar la responsabilidad y la acción social de las pymes en España*, 2003.
- GUÉDEZ, V., «Criterios para seleccionar las estrategias de responsabilidad social corporativa», *Boletín CIES*, núm. 26, mayo 2005.
- GUIRAN, G., «Consumption responsible? Un défi pour l'entreprise?», *Boletín CIES*, núm. 26, mayo 2005.
- HENDERSON, D., *Misguided Virtud. False Notions of Corporate Social Responsibility*, IEA, 2001.
- HOPKINS, M., y COWE, R., *Corporate Social Responsibility: Is There a Business Case?*, ACCA, 2003.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, «The world business organization», *Business in society. Making a positive contribution*, ICC, 2004.
- KEMP, V., *To Whose Profit? Building a Business Case for Sustainability*, WWF y Cable&Wireless, 2001.
- LADRÓN DE GUEVARA MARTÍNEZ, A., *La responsabilidad social corporativa desde la perspectiva del marketing: ¿cómo y cuánto valor el consumidor las actuaciones de RSC?*, Fundación SIS y Observatorio RSC, Univ. Pompeu Fabra, 2005.
- LAFUENTE FÉLEZ, A.; VIÑUALES EDO, V.; PUEYO VIÑUELA, R., y LLARIO APARICIO, J. (Fundación Ecología y Desarrollo), *Responsabilidad social corporativa y políticas públicas*, D. T. Fundación Alternativas, 2003.
- LITTLE, A. D., *The Business Case for Corporate Responsibility*, A. D. Little, 2003.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, Ministerio Economía y Hacienda, S. G. Técnica, Centro de Publicaciones, enero 2005.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES (OIE-OIT), *La responsabilidad social de la empresa: el enfoque de la OIE*, OIE, 2003.
- *El papel de las empresas en la sociedad. Documento de Posición*, OIE, 2005.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES (OIT), *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, OIT, 2001.
- PERDIGUERO, T. G., y GARCÍA RECHE, A. (eds.), *La responsabilidad social de las empresas y los nuevos desafíos de la gestión empresarial*, Universidad de Valencia, 2005.
- STERNBERG, E., *Just Business. Business Ethics in Action (2000)*, Oxford University Press, 2003.
- TRIGO PORTELA, J., «Responsabilidad social de la empresa. Contenidos y excesos», *Ensayos sobre la Economía Española en el s. XXI*, Gestión 2000, 2005.
- TIMBERGEN, J., *Política Económica. Principios y formulación (1956)*, Fondo de Cultura Económica, 1961.
- UNITER NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION (UNIDO), *Corporate Social Responsibility: Implications for Small and Medium Enterprises in Developing Countries*, UNIDO, 2002.
- *Corporate Social Responsibility and the Development Agenda: Should SMEs Care?*, UNIDO, 2004.
- UNRISD, (Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social), *Responsabilidad social y regulación de las empresas*, UNRISD, 2005.

EL SECTOR ENERGÉTICO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

María Jesús MAZO VENERO *
Subdirectora General Adjunta
Subdirección General de Concentraciones
Ministerio de Economía y Hacienda

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA *
Inspectora Jefa de Unidad
Subdirección General de Concentraciones
Ministerio de Economía y Hacienda

1. INTRODUCCIÓN

La actividad del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) en materia de energía es sumamente amplia, dada la relevancia y el carácter esencial de este sector en toda economía. Así, el estudio de los mercados energéticos tanto desde el punto de vista del control de concentraciones, a través del análisis de las principales fusiones y adquisiciones de ámbito nacional y comunitario, como desde el punto de vista de las prácticas restrictivas de la competencia, a través del estudio de las denuncias presentadas ante el Servicio y las actuaciones de oficio emprendidas por éste, constituyen una parte fundamental de la actividad de los órganos de competencia en España.

La labor de instrucción de expedientes de concentraciones y de conductas en el sector energético se ve complementada por otras actividades de sumo interés que permiten profundizar en el estudio de la competencia efectiva en los mercados de gas, electricidad e hidrocarburos.

En particular y de conformidad con las funciones atribuidas al SDC, son numerosas tanto las consultas previas como las actuaciones preliminares que se resuelven desde la Subdirección General de Concentraciones con el fin de determinar en qué medida operaciones económicas concretas constituyen operaciones de concentración notificables bajo la norma-

* Técnicos Comerciales y Economistas del Estado.

tiva nacional vigente. Del mismo modo, la Subdirección General de Conductas Restrictivas no se limita a la instrucción de expedientes, sino que realiza diligencias previas encaminadas a determinar si procede la apertura de oficio de expedientes sancionadores.

Asimismo, la inevitable interrelación entre regulación y competencia, especialmente patente en el caso del sector energético, hace necesaria la participación del órgano de competencia en asuntos y decisiones de política económica a través de una labor de supervisión y recomendación de los diversos proyectos normativos que puedan afectar a la competencia efectiva en los mercados energéticos.

Por otra parte, la continua creación de foros y grupos de trabajo a nivel no sólo europeo sino también internacional ha despertado un importante interés en la participación de miembros del Servicio en los mismos, contribuyendo al debate de las reformas normativas y de los aspectos sustanciales que afectan al análisis de las concentraciones y resultando todo ello, en numerosas ocasiones, en la elaboración de directrices útiles para la aplicación del control de concentraciones y para la investigación de conductas restrictivas bajo diferentes normativas nacionales, comunitarias e internacionales. Concretamente, los foros en materia de energía creados por la Red Europea de Autoridades de Competencia (European Competition Network Energy Subgroup) y por el grupo ECA (European Competition Authorities) han experimentado un fuerte impulso en el último año, con el objetivo de alcanzar unas directrices para la aplicación al sector energético de la política de defensa de la competencia.

Finalmente, los procesos de regionalización de los mercados energéticos obligan a mantener un estrecho seguimiento de los mismos y de sus efectos sobre elementos fundamentales del análisis desde la perspectiva de defensa de la competencia como son las definiciones de mercado de producto y mercado geográfico. A este respecto, la implantación del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL) supone un reto regulatorio al ligar los sistemas eléctricos de España y Portugal, asimétricos en dimensión y configuración. Por ello, desde el SDC se ha realizado un seguimiento muy directo de los pasos para la creación del MIBEL y de sus potenciales consecuencias desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Asimismo, la colaboración con otros Estados miembros, y en particular con Portugal en el ámbito de energía del grupo ECA, se ha plasmado en la elaboración de un estudio sobre el progreso alcanzado en la integración de los mercados energéticos en Europa.

2. EXPEDIENTES NACIONALES

A lo largo del año 2004, la actividad de instrucción del SDC en materia de energía ha sido extensa, tanto en el ámbito del control de concentraciones como de conductas restrictivas. Destacan especialmente las opera-

ciones de concentración N-04073, Disa/Shell Peninsular/Shell Atlántica, y N-04088, Shell España/Cepsa¹.

El 24 de septiembre de 2004 fue notificada al Servicio la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Disa Corporación Petrolífera, S. A., del 100 por 100 del capital de Shell Atlántica, S. L., y Shell Peninsular, S. L., lo que suponía la adquisición de los activos de Shell en la distribución minorista de combustibles en estaciones de servicio y en la distribución directa o extra-red de combustibles en España, además de la prestación de servicios de almacenamiento de productos petrolíferos en Melilla y parcialmente en Canarias.

La concentración se enmarcaba dentro del proceso de desinversión estratégica por parte de Royal Dutch-Shell de parte de sus activos en Portugal y España. Dicho grupo decidió realizar la venta de esos negocios en el sector de los hidrocarburos líquidos en tres bloques diferenciados: Portugal, España peninsular y las Islas Canarias, Ceuta y Melilla. Los activos localizados en Portugal fueron vendidos a Repsol YPF, dando lugar a la operación comunitaria COMP/M. 3516, Repsol/Shell Portugal, y los sitios en España peninsular, Canarias, Ceuta y Melilla, a Disa, dando lugar al expediente N-04073 del SDC.

El 25 de octubre de 2004 el Ministro de Economía y Hacienda resolvió enviar el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, al considerar que la operación podría alterar la estructura de la oferta en los mercados canarios de distribución minorista de combustibles y de distribución extra-red de gasóleos. En cuanto a los primeros, se reforzaba el liderazgo de Disa en Canarias y desaparecía Shell Atlántica —el segundo operador canario—, en un mercado con sustanciales barreras de entrada (integración vertical, contratos de suministro en exclusiva, dificultad de replicar las redes de estaciones de servicio ya existentes, marca propia, conversión de estaciones de servicio en áreas «multiservicio», programas de captación y fidelización de clientes), lo que podría suponer una reducción de presiones competitivas y un aumento del riesgo de coordinación, particularmente en atención a la relación preexistente entre Disa y Cepsa. Respecto a la distribución extra-red de gasóleos, Cepsa continuaba siendo el principal operador del mercado canario, se reforzaba la posición de Disa como segundo operador y desaparecía el tercer competidor —Shell—.

Por otra parte, el contacto entre el Presidente de Disa y los consejeros de Cepsa podría elevar, mediante intercambio de información, el riesgo de coordinación de su comportamiento en las diversas fases del mercado de hidrocarburos en las que dichas entidades están presentes.

Además, el Ministro de Economía y Hacienda resolvió el levantamiento parcial de la suspensión de la operación en lo relativo a la adqui-

¹ Otros expedientes nacionales de concentraciones en 2004 fueron las operaciones N-04043, GALP/BP; N-04072, Diselcide/Berrueza; N-04081, Acciona/CEHN y N-04091, Iberdrola/Factor Energía.

sición por Disa de Shell Peninsular, al considerar que no cabía prever que de la ejecución de la operación en los mercados peninsulares se derivaran perjuicios sustanciales e irreversibles para la competencia durante el período máximo, en el que se produjera la decisión final del Consejo de Ministros.

En su informe de 22 de diciembre de 2004, el Tribunal de Defensa de la Competencia descartó problemas de competencia en los mercados de venta mayorista de productos petrolíferos y de servicios de almacenamiento y en las ventas minoristas a través de estaciones de servicio en la Península. Sin embargo, concluyó que la operación podía resultar en una obstaculización de la competencia efectiva en el mercado canario de venta minorista de productos petrolíferos a través de estaciones de servicio, debido a la dependencia de Disa con respecto a Cepsa en el mismo. Por ello, el Tribunal estimó que la operación podría autorizarse subordinada a diversas condiciones.

En línea con la propuesta del Tribunal, el Consejo de Ministros acordó, el 21 de enero de 2005, la subordinación de la operación al cumplimiento de diversas condiciones. En primer lugar, prohíbe durante cinco años la presencia cruzada de miembros del Consejo de Administración en los grupos Disa y Cepsa. En segundo lugar, prohíbe a Disa que durante cinco años incremente el número de estaciones de servicio de su red en Canarias, estableciendo una moratoria similar a la que en su día se dispuso para Repsol y Cepsa en el ámbito nacional mediante el Real Decreto-ley 6/2000. Además, ordena a Disa el desarrollo de una bandera propia para las estaciones de su red en Canarias, ajena a la bandera de Cepsa, prohibiendo, entretanto, que aumente el número de gasolineras de su red abanderadas por Cepsa. Por último, dispone la vigilancia de los precios de venta al público en las estaciones de servicio de Disa por parte del SDC.

Otra operación relevante en materia de concentraciones en el año 2004 fue la N-04088, Shell España/Cepsa. Con fecha 1 de octubre de 2004, la Comisión Europea recibió la notificación relativa a la adquisición de plenas funciones por parte de Spanish Intoplane Services, S. L. (SIS), sociedad constituida por Shell España y Cepsa para la prestación de servicios de puesta a bordo de combustibles de aviación (servicios «*intoplane*») en los aeropuertos de la Península y Baleares, al resultar adjudicataria de las concesiones para los aeropuertos de Alicante, Málaga y Sevilla el 3 de agosto de 2004.

Las autoridades españolas estimaron que la operación amenazaba con afectar a la competencia en diversos mercados de servicios «*intoplane*» en España, que presentaban todas las características de un mercado definido, concretamente, los mercados de suministro a bordo de queroseno de aviación de Alicante, Málaga y Sevilla.

Adicionalmente, señalaban que el mercado de servicios de puesta a bordo se encuentra inmerso en un intenso proceso de liberalización² caracterizado por la concesión de licencias para operar en los distintos aeropuertos, de manera que la creación por Cepsa de la *joint venture* SIS para competir en dicho mercado podría suponer la sustitución de dos competidores efectivos por un único competidor en aquellos casos en que decidieran optar por concursar conjuntamente³ por la licencia de un aeropuerto. Por tanto, podría reducirse el número de competidores en un mercado de por sí oligopolístico, reduciéndose la presión competitiva en el mercado.

Adicionalmente, se consideró que se trataba de un mercado caracterizado por importantes barreras de entrada. En efecto, el mercado de servicios «*intoplane*» está regulado por concesiones otorgadas por AENA, creándose una competencia por el mercado, dado que los mismos operadores compiten por las concesiones en los distintos aeropuertos en la Península y Baleares, independientemente de su ubicación. Se trata de concesiones otorgadas en la mayoría de los casos a uno o dos operadores durante un período de siete años de duración.

Por otra parte, la operación amenazaba con afectar de forma significativa a la competencia en el mercado de suministro de queroseno de aviación, verticalmente relacionado con el suministro a bordo de queroseno de aviación, en el que están presentes tanto Shell como Cepsa al ser operadores verticalmente integrados.

En atención a todo lo anterior, sobre la base de lo previsto en el art. 9 del Reglamento 139/2004, se solicitó a la Comisión Europea la remisión del caso con el fin de que se aplicara la legislación nacional de defensa de la competencia al mismo. La operación fue finalmente reenviada a las autoridades españolas el 23 de noviembre de 2004.

En su informe, en línea con la visión de la Comisión, el Servicio consideró que en el mercado de suministro cabe diferenciar dos mercados separados: el mercado de servicios de puesta a bordo del combustible de aviación o servicios «*intoplane*» y el mercado, verticalmente relacionado, de suministro de combustibles de aviación.

A partir de la actividad que desarrollaría la empresa conjunta SIS, se consideró como relevante a los efectos del análisis de la operación de concentración el mercado separado de servicios de puesta a bordo de combustible de aviación. Sin embargo, dada la relación vertical con el mercado de suministro de combustibles de aviación, se optó por analizar el mercado relacionado, en el que están presentes tanto Shell España como Cepsa.

² Siguiendo las directrices apuntadas por la Directiva Europea 96/67/EC, de 15 de octubre de 1996, para el acceso al mercado de *handling* en tierra en los aeropuertos comunitarios.

³ Únicamente en el caso de que SIS no presente una oferta para una determinada concesión podrán competir por ella Cepsa y Shell por separado.

En cuanto al mercado geográfico, se consideró que en el mercado relevante de servicios de puesta a bordo existen dos tipos de competencia. Por un lado, existe una competencia inicial «por el mercado» en la fase de licitación, dado que los competidores pueden definir su estrategia a nivel nacional y presentar ofertas en diversos aeropuertos. Sin embargo, una vez adjudicada la licencia, se estima que el ámbito geográfico de competencia en los servicios *into-plane* es local, en la medida en que esta competencia se produce en el mercado dentro del propio aeropuerto, siendo los únicos competidores aquellas empresas que cuentan con la concesión para operar en el mismo.

Desde la perspectiva de la competencia por el mercado, tanto la Comisión como el Servicio concluyeron que la operación suponía un refuerzo de la posición de las matrices en los mercados de «*intoplane*» en la Península y Baleares, al reducirse los competidores presentes de cuatro a tres. En efecto, tras la operación, la estructura competitiva se centraría en tres grandes operadores muy relacionados con los mercados de hidrocarburos líquidos: CLH Aviación (tradicional monopolista de este mercado hasta el inicio del proceso de liberalización), Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación, S. L. (empresa conjuntamente controlada por Repsol y BP), y SIS, eliminándose un competidor como resultado de la coordinación de Shell y Cepsa en el mercado de servicios «*intoplane*».

Desde la perspectiva de la competencia en el mercado de cada aeropuerto, se estimó que la integración vertical de las matrices podría afectar a la competencia efectiva tanto en el mercado local de servicios «*intoplane*» (debido a la posible discriminación favorable hacia las matrices en la prestación del servicio) como a la competencia «por» el mercado a nivel nacional a través de las licitaciones de AENA, que podría valorar la seguridad de suministro de combustible en el caso de operadores «*intoplane*» verticalmente integrados.

Por otra parte, la operación podía afectar a la competencia efectiva en el mercado de suministro de combustible de aviación, en la medida en que las matrices podrían decidir coordinar su actividad también en este ámbito, reforzando su posición en los aeropuertos afectados por la operación, en los que precisamente se alcanzaban las mayores cuotas conjuntas de las matrices. A este respecto, tanto la Comisión Europea como la Comisión Nacional de la Energía (CNE), en su informe elaborado a petición del Servicio, consideraron que, dada la importante presencia de las partes en los mercados locales de suministro del combustible, no podía descartarse que tuvieran incentivos a discriminar, a través de SIS, a sus competidores mediante menores márgenes en el componente de «*intoplane*», así como a través de la calidad de servicio ofrecida por su filial común. En efecto, además de las barreras económicas a la entrada, el proceso y los términos de las adjudicaciones del servicio de puesta a bordo podrían suponer una barrera legal para potenciales competidores en el mercado de «*intoplane*».

Finalmente, la CNE puso de manifiesto que, en el Acuerdo de Accionistas suscrito por las partes, se contemplaba, únicamente para el caso de prestación de servicios a terceros no socios, condicionamientos relacionados con la capacidad operativa de SIS, lo que podía suponer un tratamiento discriminatorio favorable hacia las matrices.

Por ello, con el fin de analizar en profundidad la operación para descartar cualquier obstaculización al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados relevantes, el Ministro de Economía y Hacienda resolvió enviar el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia. Asimismo, se decidió levantar parcialmente la obligación de suspensión en lo relativo a la ejecución de la operación en los aeropuertos de Alicante, Málaga y Sevilla, y a la firma de los documentos administrativos necesarios en el caso de que SIS resultase adjudicataria en el aeropuerto de Madrid-Barajas, para el que había presentado una oferta poco tiempo antes de la notificación de la creación y adquisición de plenas funciones de SIS, si bien la autorización no conllevaría el inicio de las actividades en dicho aeropuerto.

En su informe de 9 de marzo de 2005, el Tribunal descartó problemas de competencia en el mercado de servicios de puesta a bordo y reconoció que la complementariedad de Cepsa y Shell en estos servicios podría originar eficiencias que, en su caso, compensasen los posibles efectos restrictivos sobre la competencia. No obstante, el Tribunal consideró necesario garantizar que la comercialización de querosenos y lubricantes por SIS se restringiera exclusivamente a las imprescindibles necesidades técnicas del servicio, impidiendo la coordinación de las empresas notificantes, así como la eliminación de la posible preferencia de sus miembros frente a terceros en el mercado de servicios de puesta a bordo.

En línea con las condiciones directamente ligadas a la actuación de las partes en la operación que fueron propuestas por el Tribunal, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de abril de 2005 dispuso la obligación de modificar los acuerdos de constitución y funcionamiento de SIS, limitando sus actividades en los mercados de comercialización de querosenos y lubricantes a las imprescindibles necesidades técnicas. Asimismo, estableció la obligación de eliminar toda posible preferencia de las matrices frente a terceros en la obtención de los servicios de puesta a bordo de SIS, incluidos los condicionamientos asociados a la capacidad operativa, asegurando la objetividad, transparencia y no discriminación en la prestación del servicio.

En cuanto a los expedientes sancionadores más destacados, como es sabido, en materia de conductas restrictivas sólo las resoluciones del TDC, pero no las actuaciones del SDC, son públicas. Por ello y a pesar de que la actividad de la Subdirección de Conductas Restrictivas en este campo ha sido intensa en 2004⁴, las referencias que se pueden hacer son limitadas.

⁴ Algunos expedientes de conductas en 2004 fueron el Expediente 547/02, Gas Natural Alicante, y el Expediente 570/2003, Gas Extremadura.

En el ámbito del sector eléctrico destaca especialmente la investigación relativa a la resolución de restricciones técnicas. Se ha analizado si determinados grupos de generación realizan sus ofertas de energía al *pool* a precios excesivos, buscando su retirada del mercado diario para ser llamados a producir en el proceso de solución de restricciones técnicas, lo que, dada la regulación vigente hasta 2004⁵, permitía obtener una remuneración mayor por su producción que si hubieran resultado casados en el mercado diario.

En cuanto al mercado del gas, a partir de un informe de la CNE, el 31 de marzo de 2003 el Servicio incoó, de oficio, un expediente sancionador (expediente núm. 2430/02) contra el Grupo Gas Natural, en relación con el contrato firmado el 27 de julio de 2001 entre Enagás, S. A. (por aquel entonces, filial del Grupo Gas Natural), y Gas Natural Comercializadora, S. A. El 9 de junio de 2004 el Servicio remitió al Tribunal un informe propuesta de sanción, estando pendiente de resolución⁶.

De entre las diligencias previas a una posible incoación de expediente, cabe señalar la relativa a las campañas publicitarias de la llamada «energía verde»⁷.

3. CASOS COMUNITARIOS

Desde la Comisión Europea, la actividad de la Dirección General de Competencia (DG COMP) en el sector energético también fue significativa. Destacan especialmente las operaciones de concentración M.3440, EDP/ENI/GDP; M.3448, EDP/Hidrocarbónico, o M.3516, Repsol YPF-Shell Portugal, y los casos de conductas restrictivas COMP/38.348, Repsol, y COMP/36.246, Marathon/Ruhrgas/GDF.

Uno de los casos comunitarios más interesantes del último año fue la operación consistente en la adquisición del control conjunto por Electricidade de Portugal, S. A. (EDP), y Eni SPA (ENI) de Gás de Portugal SGPS, S. A. (GDP). Las autoridades portuguesas no solicitaron el reenvío del caso, pero la Comisión consideró que sí debían analizar la parte de la operación correspondiente a la adquisición por Rede Eléctrica Nacional del control de la red de gas natural de Portugal a cambio de su salida de GDP⁸, por carecer de dimensión comunitaria.

⁵ Básicamente el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre.

⁶ Las referencias r 604/03 v y r 604/04 v son Resoluciones del TDC a los recursos que se han interpuesto ante él por este caso.

⁷ La CNE publicó el informe que remitió al SDC y al Instituto Nacional de Consumo http://www.cne.es/pdf/cne11_04.pdf.

⁸ En una primera fase de la operación, EDP adquiriría el 33,34 por 100 de GDP y ENI y REN el 33,33 por 100, respectivamente. Posteriormente, se produciría la salida de REN de GDP a cambio del control de la red de gas natural de Portugal, de forma que EDP (51 por 100) y ENI (49 por 100) controlarían conjuntamente GDP.

En el *Statement of Objections* de la Comisión, se declaraba la operación notificada incompatible con el mercado común, ya que suponía el refuerzo de la posición de dominio de EDP en los mercados de comercialización, distribución a grandes clientes industriales, distribución de bajo voltaje y servicios complementarios, así como el refuerzo de la posición dominante de GDP en los mercados de suministro de gas natural a centrales de ciclo combinado, a distribuidores locales de gas natural, a grandes clientes industriales y a pequeños consumidores en Portugal.

A pesar de que las partes presentaron diversos compromisos, la Comisión consideró que todas las versiones de compromisos presentadas seguían siendo insuficientes para corregir los efectos negativos sobre la competencia que se derivarían de la operación y, en particular, de la eliminación de GDP como potencial competidor en los mercados afectados.

Un aspecto relevante del análisis de la operación llevado a cabo desde el SDC fue la definición del mercado geográfico. En el formulario de notificación, las partes definían un mercado ibérico de generación de electricidad alegando la reciente firma del Convenio Internacional entre España y Portugal para la Constitución del MIBEL (20 de enero de 2004). Sin embargo, la visión tanto del Servicio como de los reguladores del sector en España, CNE, y Portugal, ERSE, difería de la de la notificante en lo referente a la definición geográfica del mercado eléctrico, dado que, a pesar de la firma de Convenio bilateral, el MIBEL no está aún operativo. Finalmente, la Comisión, en línea con las posiciones antes descritas, señaló en su decisión de aplicación del art. 6.1.c), para pasar la operación a segunda fase, que el ámbito geográfico del mercado de generación es nacional, a pesar de las alegaciones de las partes.

En noviembre se celebró en Bruselas el Comité Consultivo relativo al caso. Durante el mismo, la mayoría de los representantes de los Estados miembros valoraron positivamente el análisis realizado por la Comisión y apoyaron la propuesta de no autorización de la operación por la insuficiencia de los compromisos presentados.

Finalmente, con fecha 9 de diciembre de 2004, la Comisión decidió prohibir la operación, en aplicación del art. 8.3 del Reglamento 4064/1989, sobre el control de concentraciones entre empresas.

Otra de las operaciones que se enmarcan en el reciente proceso de reestructuración de los mercados eléctrico y gasista de Portugal fue la adquisición por parte de EDP del control exclusivo sobre Hidroeléctrica del Cantábrico, notificada a Bruselas en el momento en que la Comisión había decidido pasar a segunda fase la operación M.3440, EDP/ENI/GDP.

La operación consistía en el paso de control conjunto ejercido por EDP (39,519 por 100), en BW (34,579 por 100), CAJASTUR (17,567 por 100) y CÁSER (7,132 por 100) a control exclusivo por parte de EDP sobre la eléctrica española. Para ello, EDP adquiriría una participación del 4,1 por 100

a CÁSER y del 17,5 por 100 a CAJASTUR, que, a cambio, recibiría diversas acciones en EDP. En definitiva, la operación suponía un incremento de la participación de EDP en Hidrocantábrico hasta alcanzar el 95,7 por 100, permaneciendo un 3,1 por 100 en manos de CAJASTUR/CÁSER y el resto entre accionistas minoritarios.

Aunque en un principio se planteó la posibilidad de solicitar el reenvío del expediente, finalmente se consideró más adecuado que fuera analizada la operación por la Comisión al mismo tiempo que la operación EDP/ENI/GDP, dados los efectos que ésta podría tener sobre la primera.

A este respecto, se consideró que el cambio de control conjunto a control exclusivo no obstaculizaría de forma significativa la competencia efectiva en los mercados relevantes de generación, distribución eléctrica y distribución de gas. En particular, la Comisión consideró que los efectos sobre el mercado eléctrico español eran poco relevantes dada la distancia entre la posición de Hidrocantábrico y la de los principales operadores (Endesa e Iberdrola), mientras que en el mercado de gas subrayaba que la única actividad llevada a cabo por la adquirente en el mercado gasista español era a través de Hidrocantábrico, como resultado del control conjunto que ejercía sobre ésta. Por otro lado, en el mercado portugués, la actividad marginal de Hidrocantábrico eliminaba la posibilidad de que el cambio en la estructura de control afectara significativamente a la competencia en el mismo.

En definitiva, la Comisión consideró que se trataba de operadores cuya actividad se producía en mercados geográficos diferentes y que, por tanto, la operación no generaba solapamientos importantes en los mercados relevantes. Por ello, el 9 de septiembre de 2004, la Comisión autorizó la operación en primera fase, de conformidad con lo establecido en el art. 6.1.b).

Por lo que respecta al ámbito de conductas restrictivas, en el año 2004 destaca el caso COMP/38.348, Repsol, directamente relacionado con la actuación del SDC en los años anteriores. El 11 de diciembre de 2001, la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía y la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de España formularon ante el SDC una denuncia contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A. (Repsol CPP), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en la modificación unilateral de contratos de compra exclusiva de carburantes manteniendo condiciones no autorizadas por la nueva legislación de restricciones verticales.

Mediante Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia r 536/02, de 3 de noviembre de 2003, se revocó el acuerdo de archivo de la denuncia y se instó al Servicio a que continuara la instrucción del expediente.

El 20 de diciembre de 2001 (de forma casi simultánea a la presentación de la denuncia ante el SDC), Repsol CPP notificó a la Comisión los contratos tipo que definían las condiciones en que preveía distribuir los carburantes para vehículos automóviles a través de estaciones de servicio en España. Tras la evaluación preliminar de la Comisión, de 18 de junio de 2004, Repsol CPP se comprometió hasta el 31 de mayo de 2010 a cumplir diversas condiciones.

Repsol CPP se compromete a ofrecer a las empresas que explotan estaciones de servicio que le hayan concedido un derecho real temporal (de usufructo o de superficie) sobre la estación de servicio y que simultáneamente han adquirido el carácter de arrendatarios temporales la posibilidad de «rescatar» el derecho real antes de la fecha de terminación del contrato prevista.

Asimismo, respetará una duración máxima de cinco años para los nuevos contratos de distribución de carburantes con empresas que explotan estaciones de servicio cuya propiedad no ostente Repsol CPP y no comprará estaciones de servicio previamente existentes que sean de plena propiedad de sus explotadores (estaciones DODO) y que no estén abastecidas en exclusiva por Repsol CPP, es decir, ajenas a su red, hasta el 31 de diciembre de 2006.

Adicionalmente, Repsol CPP hará publicidad anticipada del vencimiento de los contratos de distribución de combustible con las estaciones de servicio, así como de la posibilidad de ejercitar la terminación anticipada de los contratos que contengan derechos reales.

El 20 de octubre de 2004 la Comisión manifestó⁹ que esos compromisos podrían incrementar las posibilidades de los competidores potenciales de Repsol CPP de establecerse en el mercado de la venta al por menor de combustibles y de los competidores existentes de aumentar su cuota de mercado, lo que, unido a los medios alternativos de entrada y expansión en el mercado (como la compra de redes de distribución existentes pertenecientes a otros proveedores o la apertura de nuevos puntos de venta), les permitiría alcanzar en un plazo razonable de tiempo el número mínimo de puntos de venta necesario para la explotación rentable de un sistema de distribución en este sector, es decir, para una entrada efectiva en el mercado.

Asimismo, la Comisión comunicaba que próximamente adoptaría una decisión en relación con esos compromisos, tras analizar las observaciones que eventualmente realizaran terceros interesados.

También cabe señalar el fin de las actuaciones de la Comisión relativas a la negativa, en diversas ocasiones a lo largo de los años noventa,

⁹ Comunicación publicada de conformidad con el apartado 4 del art. 27 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, relativa al asunto COMP/38.348. — *Repsol CPP, S. A.* — (DOCE, de 20 de octubre de 2004).

del acceso a las redes gasistas de la Europa continental por parte de un conjunto de empresas alemanas (Ruhrgas, Thyssengas, BEB y Gasunie), así como de la francesa Gaz de France, a la filial noruega de la productora de gas y petróleo americana Marathon.

Las investigaciones en este ámbito comenzaron a raíz de la denuncia presentada por Marathon. Si bien esta entidad retiró su denuncia y emprendió un proceso de arbitraje con las empresas a las que denunciaba, la Comisión decidió continuar de oficio sus investigaciones para prevenir abusos similares en el futuro. Las actuaciones de la Comisión en relación con Thyssengas se cerraron en noviembre de 2001, las relativas a BEB y Gasunie, en 2003 y, finalmente, las relacionadas con Gaz de France y Ruhrgas, en abril de 2004, tras la aceptación en todos los casos de condiciones relativas a la aplicación de las reglas TPA (*three party access* o acceso de terceros a la red), como, entre otros, de esquemas tarifarios especiales, regímenes de reserva de capacidad, mercados secundarios de derechos de capacidad, gestión de congestiones, transparencia y resolución de peticiones de acceso.

Todos estos compromisos pretenden contribuir a un mejor funcionamiento de los mercados de transmisión de gas en la Europa continental y de las condiciones de competencia en los mercados de oferta de gas, facilitando así el comercio doméstico e internacional.

4. RELACIONES INTERNACIONALES

Además de su actividad cotidiana, centrada en el análisis de operaciones de concentración y conductas restrictivas, el SDC cada vez está más interesado en los foros internacionales sobre la energía y viene participando activamente en numerosos debates, como los que tienen lugar en los foros en materia de energía creados por la Red Europea de Autoridades de Competencia (European Competition Network Energy Subgroup) y por la ECA (European Competition Authorities), los cuales han experimentado un fuerte impulso en el último año, con el objetivo de alcanzar unas directrices para la aplicación al sector energético de la política de defensa de la competencia.

Uno de los principales retos de la modernización de la política comunitaria de defensa de la competencia es garantizar una correcta asignación de casos y aplicar de forma consistente las legislaciones nacionales y comunitaria. Con ese objetivo, el Reglamento (CE) 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, prevé diversos instrumentos, entre ellos, la denominada «Red Europea de Competencia» o ECN.

En septiembre de 2004 se celebró el *Energy Day*, una jornada en la que la Comisión y los representantes de los Estados miembros (tanto

autoridades de competencia como reguladores) discutieron diversos asuntos relacionados con los mercados energéticos en la UE y acordaron la creación de un subgrupo en el seno de la European Competition Network (ECN) que en adelante, se ocuparía del análisis del sector energético desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

En respuesta a ese objetivo, el 10 de diciembre de 2004 se celebró en Bruselas la primera de reunión del ECN Energy Subgroup, que tiene previsto convocar cuatro reuniones anuales. En ella se adquirió el compromiso de estudiar los mercados eléctrico y de gas, con especial atención en los asuntos de interés para cada uno de los Estados miembros, como problemas de competencia en el mercado de la electricidad o peculiaridades de los mercados del gas y electricidad en los Estados insulares.

En dicha reunión se discutió sobre los contratos de gas a largo plazo. En el ámbito del mercado del gas se pueden distinguir dos tipos básicos de contratos de suministro: *upstream*, entre productores e importadores, y *downstream*, entre importadores, por un lado, y distribuidores, comercializadores o clientes industriales, por otro. Los primeros han sido ampliamente estudiados y generalmente se admiten como forma de garantizar las inversiones de los productores en activos específicos. En la actualidad son los segundos los que centran la atención de las autoridades de competencia.

La situación que se plantea es la de un suministrador/importador único o principal de gas en cada país, que establece cláusulas de exclusividad a sus clientes, explícitas o implícitas, generalmente de duración y/o volumen excesivos. En algunos casos esos contratos se firmaron antes de la liberalización, bajo una regulación diferente e incluso siendo expresamente autorizados por la Comisión. Sin embargo, bajo el proceso de liberalización, esos contratos pueden actuar como cierre a la entrada de nuevos operadores e impedir que aumente la liquidez del mercado, por lo que es necesario determinar guías de actuación para valorar si las restricciones que generan son admisibles desde el punto de vista de los arts. 81 y 82 del Tratado.

Por otra parte, la Comisión anunció que tras la última revisión de la agenda de Lisboa se ha marcado el objetivo de realizar un *sectoral inquiry*, es decir, una investigación desligada de expedientes de competencia concretos, que tratará sobre el mercado de la electricidad y que tendrá como resultado unas *guidelines* o directrices, similares a las que ya ha publicado en otros sectores, como el de telecomunicaciones.

El SDC también participa activamente en la ECA (European Competition Authorities), foro constituido en 2001 para la discusión de las autoridades de competencia del Espacio Económico Europeo (Comisión Europea y autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros de la UE y de la EFTA).

Se trata de una asociación informal que se reúne al menos una vez al año con el objetivo de promover la cooperación entre autoridades y contribuir a una aplicación eficiente de la legislación de defensa de la competencia nacional y comunitaria. Hasta la fecha se han constituido grupos de trabajo en materia de concentraciones, tráfico aéreo, servicios financieros y programas de clemencia o *leniency*.

En la reunión celebrada en Trier en mayo de 2004 se acordó ampliar el ámbito de discusión de la ECA y, en con ese fin, el Servicio, las autoridades de competencia portuguesas y la Comisión se comprometieron a elaborar conjuntamente un documento sobre el sector energético que se presentaría con ocasión de la siguiente reunión de la ECA, en abril de 2005 en Londres.

Así, a partir del estudio de los expedientes más importantes desde la liberalización del sector energético de diversos Estados miembros y de la Comisión, tanto en los mercados de electricidad como de gas y tanto de conductas restrictivas como de concentraciones, se elaboró el documento titulado *A Comparative Overview of the Progress Achieved to Date in the Construction of EU Energy Market. Outline of Proposed Areas for Investigation*, en el cual se identifican los principales problemas de competencia detectados y las condiciones o remedios impuestos desde 1999.

El objetivo último del documento es el establecimiento de criterios comunes, en cuanto a métodos de investigación y valoración, para el análisis desde el punto de vista de la defensa de la competencia de las conductas y concentraciones en mercados energéticos, en el marco de una regulación sectorial dada.

Otra vía de intervención del SDC a nivel internacional y, en particular, en las decisiones relativas a casos comunitarios, es su participación en los Comités Consultivos de la Comisión.

En el caso de las operaciones de concentración, cuando una operación pasa a segunda fase y la Comisión decide celebrar un Comité Consultivo, se designa a un Estado miembro como encargado de la elaboración del cuestionario que permitirá a los representantes de las distintas autoridades de competencia nacionales opinar sobre las conclusiones alcanzadas por la Comisión en su pliego de cargos.

En el ámbito energético, el pasado año se celebró un comité relacionado con el caso M.3440, EDP/ENI/GDP, al que asistió un representante del Servicio. La reunión, a la que asistieron los representantes de diez Estados miembros, incluida España, tuvo como ponente a un representante de la OFT (autoridad de competencia de Reino Unido).

El Comité Consultivo concluyó con una visión mayoritaria sobre la insuficiencia de los compromisos presentados por las partes y la recomendación de la publicación de la opinión del Comité Consultivo en el *DOCE*.

5. REGULACIÓN Y COMPETENCIA

Desde la perspectiva de competencia, la interrelación entre competencia y regulación resulta fundamental en la medida en que los cambios regulatorios pueden generar o contribuir a eliminar aspectos que afecten directamente al funcionamiento y mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados. En el caso de los mercados energéticos, dada la complejidad y el elevado carácter técnico de la normativa aplicable, esta interrelación cobra una importancia fundamental.

Así, algunas preocupaciones desde el punto de vista de la política de defensa de la competencia son tenidas en cuenta a la hora de elaborar y redactar la normativa sobre regulación de los mercados energéticos.

Éste es el caso de una disposición legal que tendrá especial impacto en el análisis de posibles conductas restrictivas en el sector eléctrico: el recientemente aprobado Real Decreto 2351/04, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico.

De acuerdo con las reglas de mercado del *pool* eléctrico español, una vez realizada la casación en el mercado diario, el Operador del Sistema (OMEL) evalúa la viabilidad técnica del Programa Diario Base de Funcionamiento. Si el resultado de la casación del mercado diario más las ejecuciones de los contratos bilaterales físicos no respetan la capacidad máxima de intercambio entre sistemas eléctricos o los requisitos de seguridad, un procedimiento conjunto del Operador del Mercado y del Operador del Sistema (REE) da solución a dichas restricciones técnicas, modificando, en el primer caso, las compras o ventas desde sistemas eléctricos externos que provoquen el exceso de intercambio en la interconexión y, en el segundo, la asignación de energía de las unidades de producción.

En los más de seis años de funcionamiento del *pool* eléctrico español se han puesto de manifiesto algunas deficiencias en ese procedimiento de resolución de restricciones técnicas. Este servicio se presta en la mayor parte de las ocasiones en situación de monopolio, debido a que los problemas presentados suelen ser de tipo local y la propiedad de las plantas de generación en un área geográfica suele estar concentrada en una sola empresa.

El Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, disponía que las ofertas del mercado diario debían ser las mismas que las utilizadas para la resolución de restricciones técnicas y la retribución de las unidades de producción llamadas a resolver las restricciones era la diferencia entre el precio de la oferta que resolvía las restricciones y el precio marginal del mercado diario. Esta regulación ha facilitado diversas situaciones de abuso de posición de dominio por precios excesivos, que han sido analizadas

por el SDC y por el TDC¹⁰. Además, los sobrecostes de las restricciones eran asignados a todos los compradores del mercado diario.

El Real Decreto 2351/04 modifica al Real Decreto 2019/1997 en diversos aspectos, de entre los que cabe señalar dos especialmente relevantes para la defensa de la competencia. Por un lado, las ofertas de las unidades que participan en el proceso de resolución de restricciones se deben presentar una vez conocido el resultado del mercado diario y antes de conocerse las restricciones técnicas que pudieran afectar a la ejecución del programa diario base de funcionamiento.

Por otro lado, las disminuciones de energía respecto al programa diario base de funcionamiento se consideran anulaciones del programa correspondiente, no generándose ningún derecho de cobro u obligación de pago por dicha energía, de modo que no se generen sobrecostes para el sistema.

Estas medidas pretenden eliminar los incentivos de los productores a la retirada estratégica de unidades de producción del mercado mediante la presentación de ofertas a precios excepcionalmente elevados que les garanticen que van a ser llamados a resolver restricciones, lo que hasta ahora les permitía percibir ingresos más altos que en el mercado diario.

6. ESTUDIOS DEL SECTOR ENERGÉTICO

El análisis desde la perspectiva de defensa de la competencia de cualquier sector económico requiere un conocimiento profundo de sus características y funcionamiento. Más aún si se trata del sector energético, dada su relevancia y su especial complejidad. Durante el año 2004 el SDC se ha centrado en dos aspectos fundamentalmente: por una parte, el impulso del Mercado Ibérico de Electricidad como consecuencia de los acuerdos alcanzados el pasado año, y, por otra, la creciente importancia del mercado de promoción y desarrollo de parques eólicos en el sistema eléctrico español.

Tras la firma del Convenio Internacional por el que se acuerda la constitución del Mercado Ibérico de Electricidad (MIBEL) entre el Reino de España y la República Portuguesa el 20 de enero de 2004, ha sido necesario realizar una revisión profunda de ambos mercados eléctricos, así como un análisis comparativo con el fin de establecer los posibles cambios que desde el punto de vista de la competencia supondrá la entrada en vigor del Convenio que, si bien inicialmente estaba prevista para el 20 de abril de 2004, ha sido retrasada hasta el verano de 2005.

¹⁰ Expediente 2338/01 del SDC (552/02 del TDC) y otras actuaciones posteriores que no pueden hacerse públicas por motivos de confidencialidad.

El acuerdo entre los Gobiernos de España y Portugal para la constitución del MIBEL pretende configurar un único mercado peninsular de 53 millones de personas que generará el 10 por 100 de la producción europea de la electricidad. De esta forma, el MIBEL sería el cuarto mercado por producción de la Unión Europea y el quinto por consumo, con una facturación anual entre 19.000 y 20.000 millones de euros.

La implantación del MIBEL supone un reto regulatorio al ligar dos sistemas eléctricos asimétricos en dimensión y configuración, que impiden hablar por el momento de la materialización inmediata de un mercado ibérico único. El modelo de organización del MIBEL apunta a una solución mixta que supera los actuales modelos español y portugués, en el que existen cuestiones regulatorias abiertas cuya resolución puede condicionar tanto la existencia de un verdadero mercado ibérico integrado como su nivel efectivo de competencia.

En efecto, desde el punto de vista de competencia, la creación del MIBEL tiene importantes implicaciones tanto desde la perspectiva de concentraciones, como de conductas y prácticas restrictivas.

En el primer caso, la creación y consolidación de un mercado ibérico podría conducir, en su caso, no sólo a la modificación de la dimensión geográfica de algunos mercados relevantes como la generación o la comercialización de electricidad, mercados de dimensión nacional en la actualidad, sino también una alteración del *ranking* tradicional de operadores principales dado el peso que tendría EDP en el mercado ibérico en su conjunto. Concretamente, el panorama empresarial del MIBEL se caracterizará por la existencia de cuatro grandes grupos¹¹, lo que obliga a prever mecanismos de control y de actuación adecuados, así como incentivos eficaces para el desarrollo de la competencia entre ellos y para la entrada de nuevos operadores. Se observa, asimismo, una convergencia entre los mercados eléctrico y gasístico, así como la progresiva «iberización» de las empresas, mediante la adquisición de activos, la inversión en nuevas centrales, el comercio mayorista transfronterizo y la venta a clientes finales de ambos países.

Desde la perspectiva de las conductas y prácticas restrictivas de la competencia en los mercados energéticos, derivadas en gran medida de la resolución de restricciones técnicas, cabe señalar que las diferencias regulatorias actuales entre España y Portugal dificultarían enormemente la detección de comportamientos anticompetitivos en el mercado ibérico. En tanto la capacidad de interconexión resulte insuficiente para la integración completa de ambos sistemas, será especialmente necesaria la adopción de medidas que reduzcan eficazmente el riesgo de ejercicio de poder de mercado en cada zona de precios.

¹¹ Endesa, Iberdrola, EDP-Hidrocarbónico y Unión Fenosa.

Asimismo, sin una cierta convergencia en la metodología de cálculo, costes y conceptos del sistema tarifario, resulta complejo que las señales de precios sean efectivas en el mercado ibérico. Concretamente, tanto los CTCs y las CMECS (compensaciones por costes varados que previsiblemente se derivarán de la eliminación de los contratos de adquisición de la energía —CAES— en Portugal), como los pagos por garantía de potencia afectan a la determinación de precios y a las barreras de entrada y salida en el mercado, por lo que sería necesario garantizar la consistencia de los mismos y limitar su efecto sobre el funcionamiento del mercado.

En 2004 el SDC también ha centrado su atención en el estudio de la promoción y desarrollo de parques eólicos. Recientemente, se han producido cambios normativos que han acelerado la contribución de la energía eólica al sistema eléctrico español. Concretamente, el nuevo Real Decreto sobre tarifas para el régimen especial¹² dificulta la consideración de la generación bajo dicho régimen especial como mercado separado, haciendo más necesario el optar por considerar como mercado relevante el mercado mayorista en su conjunto y de contratos bilaterales, en línea con lo establecido por el TDC¹³.

Por último, otro de los estudios iniciados en 2004 y recientemente finalizado es la elaboración de un documento conjuntamente con Portugal y la Comisión Europea, en el marco del grupo de energía de la ECA¹⁴.

El objetivo de este trabajo era determinar, a partir de los principales casos de concentraciones y conductas que se han planteado en los Estados miembros durante los últimos cinco años, los principales problemas de competencia a los que se han enfrentado las autoridades de competencia y en qué medida han afectado a la creación del mercado único de la energía.

Como conclusión al documento, se han propuesto algunas áreas de investigación interesantes referidas al estudio de la relación entre regulación y normativa de competencia, los acuerdos de uso de redes y capacidad de interconexión, el empleo de modelos de simulación, los remedios en conductas restrictivas y en control de concentraciones que puedan contribuir a incrementar el grado de sustituibilidad de proveedores en el mercado de distribución y el análisis de mecanismos para la integración de los mercados energéticos, a partir de las experiencias del *Nord Pool* y del Reino Unido.

¹² Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

¹³ Dictamen del TDC de 27 de febrero de 2003 relativo a la operación N-298, Ibernova/Gamesa.

¹⁴ *A comparative overview of the progress achieved to date in the construction of the EU energy market*, ECA, 18 de abril de 2005.

7. CONCLUSIÓN

La actividad del SDC en relación con el sector energético ha sido muy intensa en 2004 y es de esperar que continúe así en el futuro. La instrucción en esta materia, compleja y laboriosa tanto en el ámbito de conductas como de concentraciones, deberá realizarse de forma paralela a la participación en los foros internacionales, especialmente mediante la colaboración en la definición de las directrices para la aplicación de la política de defensa de la competencia al sector energético en el marco de la ECN.

Asimismo, en el corto plazo, la nueva regulación de restricciones técnicas y, a más largo plazo, las propuestas de modificación o incluso supresión de la regulación de los costes de transición a la competencia, el Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España o la futura creación del MIBEL, ya no sólo en el ámbito de la electricidad sino también en el del gas, incidirán sobre el análisis de las operaciones, en aspectos tan relevantes como las definiciones de mercados de producto y mercados geográficos, operadores principales y prevención de prácticas anticompetitivas difícilmente detectables en algunos casos bajo la normativa vigente en la actualidad.

También hay que tener en cuenta la incidencia de la reforma de la LDC y, en particular, la modificación prevista en las relaciones de la nueva autoridad de competencia con los organismos reguladores con el fin de reforzar los mecanismos de colaboración y coordinación entre ambos tipos de órgano, y reducir las incertidumbres que se pudieran derivar del desempeño de las tareas que unos y otros tienen encomendadas.

En definitiva, el sector energético constituye un ámbito fundamental en la aplicación de la política de defensa de la competencia y prueba de ello son las numerosas actuaciones del SDC en la tramitación de expedientes, investigaciones de oficio y participación en foros internacionales que se han venido produciendo a lo largo del pasado año.

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE MULTAS

Antonio GUERRA FERNÁNDEZ

Director del Gabinete de Presidencia
Tribunal de Defensa de la Competencia *

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 conlleva numerosas implicaciones para la aplicación de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea. Han sido muy debatidos el nuevo sistema de aplicación del apartado 3 del art. 81 Tratado CE, los mayores poderes de investigación para la Comisión Europea o la necesidad de fortalecer los vínculos de coordinación y colaboración entre las autoridades nacionales y la Comisión para hacer frente a la mayor descentralización inherente a esta modernización.

Otro de los aspectos más relevantes de este Reglamento es el reconocimiento de plenas competencias a los jueces nacionales para la aplicación íntegra de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

Como muestra un estudio encargado por la Comisión Europea, basado en el análisis comparado de las experiencias de los Estados miembros en la aplicación por parte de los jueces de las normas de competencia, la situación en cada uno de los países de la Unión Europea es bastante heterogénea.

En particular, en lo relativo a España, esta realidad era prácticamente inexistente hasta el mes de septiembre de 2004 en que comenzaron a operar los Juzgados de lo Mercantil que ostentan los poderes para aplicar las normas comunitarias de competencia en los juicios civiles en nuestro país.

* El autor es el único responsable de las opiniones vertidas en este artículo que, en absoluto, suponen la posición institucional del Tribunal de Defensa de la Competencia ni de alguno de sus miembros.

Sin embargo, las perspectivas de futuro en esta cuestión se antojan de gran relevancia, dado que actualmente estamos inmersos en un proceso de reforma integral de nuestro modelo de defensa de la competencia que, entre otras muchas modificaciones, prevé diseñar un mecanismo que favorezca la aplicación de las normas nacionales de competencia por parte de los jueces.

El pasado 20 de enero el Ministerio de Economía y Hacienda de España publicó en su página de Internet el *Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia*, en el que se hace un análisis crítico del actual modelo español de defensa de la competencia a partir del cual se plantean diversas líneas de reforma que abarcan tanto el terreno institucional como el sustantivo y el procedimental.

Estas líneas de reforma se orientan a la búsqueda de soluciones a las necesidades y debilidades del modelo tanto desde nuestra propia experiencia como del análisis de las de los países más desarrollados en esta materia y, en especial, desde los retos planteados por la entrada en vigor del Reglamento 1/2003.

Entre todas las cuestiones a valorar en el marco de la reforma se encuentra el reconocimiento de competencias plenas a los jueces para aplicar la Ley española de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, y hasta que el reconocimiento de estas competencias se haga realidad, el papel de los jueces en el modelo español de defensa de la competencia se ha limitado, fundamentalmente, a la revisión de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). En este sentido, el sistema español, a través del art. 49 LDC, prevé la posibilidad de recurrir las decisiones del TDC ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y, en su caso, en segunda instancia ante el Tribunal Supremo.

Este papel ha sido de gran trascendencia para el desarrollo de la defensa de la competencia en España por dos motivos. En primer lugar, porque supone el primer acercamiento de los jueces españoles a esta materia y, de hecho, se puede decir que esta actuación está sirviendo para sentar las primeras bases de lo que habrá de venir en el futuro.

Y, en segundo lugar, porque ha permitido ir definiendo y depurando la calidad de las decisiones del TDC a partir del control de legalidad propio de la revisión judicial. Conceptos propios de la defensa de la competencia han logrado incardinarse adecuadamente en los principios básicos del procedimiento administrativo sancionador gracias al ejercicio de este control de legalidad de las actuaciones del TDC por parte de los órganos judiciales.

En este sentido, se puede decir que los jueces han jugado un papel de medida de calidad del sistema. De esta forma, si tuviéramos que medir la calidad de las decisiones del TDC en función de sus niveles de confirmación judicial, los resultados hasta el momento son extraordinariamente

halagüeños, dado que la mayor parte de resoluciones han sido confirmadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, lo que, indudablemente, ha contribuido a dotar de gran credibilidad al modelo.

Desde la entrada en vigor de la actual Ley de Defensa de la Competencia (1989), la actividad resolutoria del TDC ha sido muy extensa, abarcando un número muy amplio de prácticas, sectores y tipos de operadores económicos.

No obstante, si vamos más allá de la medida cuantitativa de la actuación del Tribunal y buscamos un parámetro cualitativo adecuado como es el nivel de confirmación judicial, las cifras hablan por sí solas.

Desde la entrada en vigor de la Ley hasta el 13 de mayo de 2005, el TDC había dictado 1.431 resoluciones recurribles ante la Audiencia Nacional, de las que sólo 395 lo fueron efectivamente (un 27,6 por 100).

De estas 395 decisiones recurridas, en 251 ocasiones (el 63,5 por 100) ya hay un pronunciamiento judicial firme con los siguientes resultados: en 214 casos (un 85,3 por 100), se ha producido una confirmación de la decisión del TDC; en 17 casos (un 6,8 por 100) el pronunciamiento judicial ha anulado parcialmente la decisión administrativa, y en los 20 casos restantes (un 8 por 100), la anulación ha sido total.

Es decir, la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo sólo han anulado, parcial o totalmente, 37 decisiones del TDC de las 1.431 dictadas recurribles desde la entrada en vigor de la Ley.

Se trata de cifras suficientemente elocuentes para señalar con contundencia que los órganos judiciales han refrendado la actuación del TDC en esta última década y media.

No obstante, esta sensación se confirma si profundizamos en el análisis de las 37 decisiones anuladas parcial o totalmente. De estas 37 sentencias anulatorias; 28 corresponden a expedientes sancionadores; 6, a recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia, y las 3 restantes, a expedientes sobre medidas cautelares.

De las 28 sentencias anulatorias que corresponden a expedientes sancionadores, en 13 casos (46,4 por 100) la decisión judicial confirma la decisión de fondo del TDC y se limita a reducir o anular la multa impuesta por éste. De estos 13 casos, en 10 ocasiones la multa simplemente se reduce y en los 3 restantes, se elimina totalmente.

Esta circunstancia muestra que la política de multas del TDC es una de las cuestiones que mayores, aun siendo pocas, diferencias de valoración ha generado en la fase de revisión judicial.

Es por ello y especialmente a la luz de las perspectivas futuras de mayor relevancia de la actuación de los jueces en la aplicación de las normas de competencia, que me gustaría centrar este artículo en esta cuestión.

Es indudable que las conclusiones que se extraigan en lo relativo a la actuación de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo no son automáticamente trasladables a las intervenciones de los Juzgados de lo Mercantil tanto por especialización en la materia como por el propio enfoque de la actuación de cada uno de estos órganos judiciales: en un caso, controlando la legalidad de las decisiones de la Administración Pública y, en el otro, resolviendo demandas civiles relacionadas, fundamentalmente, con la declaración de nulidad de determinados contratos o con el reconocimiento de daños y perjuicios derivados de infracciones a las normas de competencia.

No obstante, considero que es un ejercicio útil tanto para saber cómo ha funcionado el modelo en estos últimos años, como para identificar líneas futuras de actuación y mejora del mismo. Y, en especial, si tenemos en cuenta que la política de sanciones se está convirtiendo en un elemento determinante de la eficacia de la aplicación práctica de la defensa de la competencia en cualquier jurisdicción del mundo.

2. LA REVISIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE MULTAS

En los 13 casos en los que los órganos judiciales han anulado parcial o totalmente la decisión del TDC en materia de multas subyace un elemento común como es el de perseguir la adecuada aplicación del criterio de proporcionalidad.

Se trata de un principio de la potestad sancionadora administrativa recogido en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo buscan encajar apropiadamente en los elementos propios del marco sancionador de la defensa de la competencia establecidos por el art. 10 LDC.

Este artículo detalla aquellos elementos que el TDC ha de tomar en consideración a la hora de graduar la importancia de la restricción a la competencia y, consecuentemente, cuantificar el importe de la multa a imponer a los infractores. Entre ellos, destacan la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, los efectos de la restricción de la competencia sobre los competidores o consumidores, la duración de la restricción y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

La misma Ley invita al Tribunal a que realice una valoración ponderada de estos elementos dentro del doble techo máximo previsto por el apartado primero de dicho art. 10: 901.518,16 euros que pueden ser incrementados hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio inmediato anterior a la resolución del TDC.

Una carencia de la Ley, que debería ser subsanada por la reforma prevista, es la ausencia de una graduación de las infracciones en muy graves, graves y leves. La existencia de esta graduación dotaría al sistema, desde mi punto de vista, de mayor transparencia y seguridad jurídica.

En la misma línea, sería muy positivo que la nueva autoridad de competencia elaborara unas directrices que recogieran de forma sistemática el mecanismo seguido para el cálculo de las multas. Algo similar a lo hecho por la Comisión Europea en sus Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA¹, que, en estos momentos, se encuentra precisamente en proceso de revisión, en especial, en lo relativo a los baremos de multas asociados a cada tipo de infracción.

Entrando en el análisis de las sentencias de la Audiencia Nacional que reducen o anulan la multa impuesta por el TDC, lo primero que cabe decir es que se trata de Sentencias muy diversas, tanto en lo relativo a la conducta analizada como a los agentes económicos involucrados y, por ende, respecto a los motivos aducidos para modificar la resolución del TDC.

Por ello, es bastante complicado categorizar las sentencias en grupos homogéneos. No obstante, en este artículo se hace un esfuerzo en este sentido a sabiendas del riesgo de cometer imprecisiones, así como de pérdidas de matices y sutilezas.

A. DIFERENTE VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS CONTENIDOS EN EL ART. 10 LDC

Hay un primer grupo de sentencias en las que la Audiencia Nacional reduce la multa impuesta por el TDC como consecuencia de llevar a cabo una valoración distinta de los elementos previstos en el art. 10 LDC.

Entre estos casos, la pionera es la Sentencia de 19 de septiembre de 1994 que confirma la Resolución del Tribunal de 14 de julio de 1992 (expte. 308/91, Funerarias Cataluña), salvo en lo relativo a la sanción impuesta al imputado que la reduce de 75 a 5 millones de pesetas.

En esta Sentencia, frente a los criterios utilizados por el TDC para determinar la sanción, que se basaban, fundamentalmente, en la modalidad de la infracción y el alcance amplio de la misma al llevarse a cabo desde una asociación que agrupaba a un gran número de empresas, la Audiencia Nacional contraponen otros criterios para valorar la proporcionalidad como son «*la breve duración de los acuerdos y la escasa inci-*

¹ Comunicación de la Comisión, Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (DOCE, núm. C 9, de 14 de enero de 1998, p. 3).

dencia que tuvieron en el desenvolvimiento de las actividades de la denunciante y del mercado relevante».

Mientras el TDC había centrado su análisis para cuantificar la multa, fundamentalmente, en el tipo de conducta y el agente involucrado, la Audiencia Nacional otorga mayor valor a los efectos reales de dicha conducta en el mercado.

Los criterios manejados por la Audiencia Nacional no desvirtúan los utilizados por el TDC en su Resolución para determinar la sanción a imponer, como de hecho así expresa la propia Sala, sino que, simplemente, los matizan.

No obstante, en esta pionera Sentencia ya se vislumbra por parte de la Audiencia Nacional una primera asociación del criterio de proporcionalidad en materia de defensa de la competencia a la afectación real del mercado por parte de la conducta infractora.

Esta circunstancia se ve confirmada en la Sentencia de 27 de marzo de 2000, que resuelve un recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de 12 de febrero de 1997 (expte. 383/96, Fabricantes de lencería), en la línea de confirmar el fondo de la resolución pero reducir las multas impuestas a los infractores.

En este caso, la reducción de la multa se basa en que *«la afectación real de la competencia, dada la trascendencia que en el tiempo y en el mercado tuvieron tanto la fijación de precios como la recomendación»*, no justifica la sanción impuesta por el TDC.

De nuevo, la Audiencia Nacional opta por un análisis basado en los efectos reales en el mercado frente al del Tribunal, más centrado en la gravedad inherente a la modalidad de la conducta.

Otro caso, no relacionado directamente con la medición de los efectos reales de la conducta en el mercado, pero también dentro del abanico de criterios previstos por el art. 10 LDC es el de la Sentencia de 30 de octubre de 2003, que estima parcialmente el recurso presentado por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba contra la Resolución del Tribunal de 5 de noviembre de 2000 (expte. 471/99, Odontólogos Córdoba).

En este caso, la multa impuesta por el TDC se reduce de 7 a 4,5 millones de pesetas. La Sala comienza aprobando la decisión del Tribunal al señalar que *«resulta suficientemente razonada la determinación de la cuantía de la multa»* en función de los criterios establecidos en el art. 10 LDC.

No obstante, posteriormente corrige el importe definitivo de dicha multa *«como consecuencia de las consideraciones efectuadas acerca de la improcedencia de sancionar una de las dos conductas imputadas a la recurrente»*.

La Resolución del TDC imputaba a la denunciada la comisión de dos conductas prohibidas: la aprobación de unos estatutos limitadores de la competencia y la aprobación y emisión de una circular igualmente limitadora de la competencia.

Por su parte, la Sala de la Audiencia Nacional considera que no está probado que la denunciada cometiera la primera conducta, por lo que la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia se limita a la segunda conducta; siendo éste el motivo señalado en la Sentencia para reducir la multa impuesta por el TDC.

Creo que se trata de una decisión adecuada y congruente con lo previsto en el art. 10 LDC y, en particular, en la letra *a*) de su apartado segundo que señala «*la modalidad y alcance de la restricción de la competencia*» como uno de los criterios para graduar la multa. Parece razonable que si la Audiencia Nacional considera que la infracción se ha limitado a la realización de una única conducta, en lugar de las dos conductas declaradas por el TDC en su Resolución, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia sea menor y, por tanto, la cuantía de la multa también deba ser inferior.

Una situación similar se produjo en el caso de la Sentencia de 8 de noviembre de 2001 que estima en parte el recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de 23 de diciembre de 1997 (expte. 404/97, Mar-molistas Madrid).

En este caso, la Resolución del TDC declaraba la existencia de dos infracciones distintas: una del art. 1 LDC y otra del art. 6 LDC, y asociaba una multa distinta a cada una de estas infracciones. Sin embargo, la Audiencia Nacional considera en su Sentencia que no existe abuso de posición de dominio, por lo que la infracción se limita al art. 1 LDC y, por tanto, determina que debe eliminarse la multa correspondiente a la inexistente infracción del art. 6 LDC (110 millones de pesetas) manteniendo la correspondiente al acuerdo colusorio (2,5 millones de pesetas para cada una de las infractoras).

En esta ocasión, la decisión de la Audiencia Nacional era más sencilla, y previsible, porque el propio TDC había asociado una parte de la multa a cada tipo de infracción, por lo que al desaparecer una de las infracciones desaparece automáticamente la multa correspondiente. De nuevo, estamos ante la utilización de los criterios establecidos en la letra *a*) del art. 10.2 LDC: en la medida que se trata de una infracción a un solo artículo de la Ley en lugar de los dos sancionados por el TDC, es razonable concluir que la modalidad y alcance de la restricción de la competencia es menor.

En otro orden de cosas, pero dentro de los criterios establecidos por el art. 10 LDC, encontramos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2002 que estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de 21 de enero de 1999 (expte. 412/97, BT/Tele-

fónica) en el sentido de ordenar a la Administración que proceda a «*graduar la sanción sin consideración a la reiteración como criterio*».

En su Resolución el TDC había considerado que la reiteración era un elemento agravante para la fijación de la cuantía de la multa dado que la infractora ya había sido sancionada en dos ocasiones anteriores por la comisión de sendos abusos de posición de dominio.

Por su parte, la Audiencia Nacional considera que no se puede aplicar el criterio de reiteración cuando se trata de Resoluciones que se encuentran recurridas y, por tanto, no son firmes. Para llegar a esa conclusión la Audiencia Nacional distingue entre los términos de reincidencia y reiteración recordando que el art. 10 LDC se refiere al segundo de ellos y que, aunque no venga expresamente requerido por dicho artículo, es doctrina asentada que para «*otorgar relevancia jurídica a tal reiteración es necesario que la misma exista en cuanto las conductas en las que se encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme*».

La Sala concluye que una de las Resoluciones señaladas por el TDC para considerar el elemento agravante de reiteración estaba aún pendiente de recurso (de casación contra una sentencia de la propia Audiencia Nacional que confirmaba la Resolución del TDC declaratoria de la infracción) y que la otra Resolución era demasiado antigua (un expediente iniciado en 1980) para ser tenida en cuenta a estos efectos.

Más allá de compartir o no esta interpretación del criterio de reiteración contemplado por la letra f) del art. 10.2 LDC, es importante no olvidar que según la interpretación hecha por la Audiencia Nacional, se puede producir la hipotética situación según la cual un antiguo monopolio pueda abusar continuamente de su posición de dominio sin que quepa aplicar dicho criterio a la hora de fijar la cuantía de la multa porque cada una de las infracciones anteriores pueda estar pendiente de los correspondientes recursos judiciales (en la Audiencia Nacional o en el Tribunal Supremo). Esta situación se podría extender durante varios años limitando de cierta manera la acción punitiva de la Administración ante unas infracciones graves en un tipo de mercado en rápido movimiento y con fuertes asimetrías entre los diversos competidores.

Teniendo en cuenta esta posibilidad teórica sería importante que el legislador tratara de adoptar alguna medida técnica en la reforma legislativa en curso que buscara evitar la materialización de esta situación.

Por otro lado, cabe señalar que las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas señalan como elemento agravante para la fijación de la cuantía de las multas el de «reincidencia», lo que parece indicar que la diferenciación entre los conceptos de «reiteración» y «reincidencia» no es excesivamente relevante, al menos, a nivel de las normas comunitarias de competencia.

Es indudable que esta diferenciación existe. Mientras la reincidencia se entiende como una circunstancia agravante de la responsabilidad derivada de condenas anteriores por infracciones análogas a la imputada, la reiteración no exige esa identidad de infracciones, sino únicamente de sujeto infractor. No obstante, no está clara la relevancia de esta distinción desde el prisma de las normas de defensa de la competencia y, sobre todo, desde el punto de vista de la limitación a la acción punitiva de la Administración en los hipotéticos casos planteados anteriormente.

B. UTILIZACIÓN DE OTROS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR NO CONTENIDOS EN EL ART. 10 LDC

Al margen de estas sentencias que contemplan, en mayor o menor medida, criterios previstos por el art. 10 LDC para reducir o anular las multas impuestas por el Tribunal, existe otro grupo, en el que la Audiencia Nacional se acerca al criterio de la proporcionalidad desde la valoración de principios del procedimiento sancionador administrativo no recogidos directamente por dicho art. 10.

En primer lugar, tendríamos los casos relativos a la supuesta colaboración de los imputados con la Administración y su rectificación posterior de la conducta sancionada.

Buen ejemplo del uso de estos argumentos son las Sentencias de 22 de marzo, 17 de abril y 11 de mayo de 2000, que resuelven sendos recursos presentados contra la Resolución del Tribunal de 12 de febrero de 1997 (expte. 383/96, Fabricantes de lencería) reduciendo las multas impuestas.

En la Sentencia de 22 de marzo de 2000, el argumento de la Sala de la Audiencia Nacional es «*la absoluta colaboración de la recurrente con la Administración y la rectificación de la actuación inicial dejando de fijar el precio final limitándose a sugerirlo*». Las Sentencias de 17 de abril y 11 de mayo de 2000 manejan argumentos similares a éste.

Se trata de un elemento que, como señalaba anteriormente, no está presente en las normas nacionales de competencia. Sin embargo, sí encontramos una referencia expresa al criterio de colaboración con la Administración y la rectificación posterior de las conductas en las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas que consideran este elemento como una circunstancia atenuante a la hora de la fijación de la cuantía de la multa.

Al margen de estas sentencias y del elemento de colaboración con la Administración, pero igualmente en la línea de consideraciones no incluidas en el art. 10 LDC, cabe señalar también la Sentencia de 12 de noviembre de 2001, que estima en parte el recurso interpuesto contra la Resolu-

ción del Tribunal de 14 de septiembre de 1998 (expte. 438,98, Interflora) reduciendo la multa impuesta de 35 a 5,1 millones de pesetas.

En este caso, el argumento de la Sala se basa en considerar que el dato de negocio del infractor que debe tenerse en cuenta para fijar la multa es el del beneficio «*en concepto de comisión que obtiene del volumen de negocio de las tiendas incorporadas a su red de distribución*».

De esta manera, la Sala entiende que el porcentaje del 1,4 por 100 sobre la facturación de la infractora, que ha utilizado el TDC para fijar la sanción, debe trasladarse a los beneficios obtenidos en concepto de comisión y, de ello, se deriva que la cuantía correcta de la sanción deba ser de 5.144.223 pesetas en lugar de los 35 millones de pesetas impuestos por el TDC.

Se trata de una cuestión similar a la mencionada anteriormente en el caso de las Sentencias de 19 de septiembre de 1994 y 27 de marzo de 2000. Mientras en estos casos la Audiencia Nacional aplicaba el criterio de proporcionalidad relacionando los efectos de la conducta con el daño real infligido al mercado correspondiente, en el caso de la Sentencia de 12 de noviembre de 2001 la relación de los efectos de la conducta se establece con el beneficio obtenido por el infractor fruto de la misma.

Distinto es el caso de la Sentencia de 16 de octubre de 2003, que reduce la multa impuesta por la Resolución del Tribunal de 19 de enero de 2000 (expte. 453/99, Expertos Inmobiliarios 3) de 36.060,7 a 9.000 euros (un 75 por 100).

El argumento manejado por la Sala para decretar esta reducción es que debe atenderse al «*presupuesto anual de la recurrente*» para determinar correctamente la cuantía de la multa. En este caso no se vislumbra claramente la relación de este concepto económico con los efectos de la conducta, bien en términos de daño al mercado o de beneficios extraídos por el infractor, por lo que no cabe apelar a la utilización del criterio de proporcionalidad desde este punto de vista.

Parece tratarse más bien de un elemento de referencia respecto a la capacidad económica del infractor. Sin embargo, el art. 10 LDC establece su propio parámetro de proporcionalidad al señalar el «*volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal*» como referencia sobre la que calcular el límite máximo del 10 por 100 de multa imponible.

Encontramos un ejemplo similar en la Sentencia de 22 de septiembre de 2003, que estima el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de 23 de mayo de 2000 (expte. 462/99, Autoescuelas Tenerife), en lo relativo a la multa, reduciéndola de 42.070,85 a 9.000 euros.

El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comienza haciendo referencia a los criterios establecidos en el art. 10 LDC, señalando que *«en el presente caso no existe reiteración de la conducta, el alcance y la eficacia de la misma ha sido muy limitado, y la duración de la conducta ha sido temporalmente limitada, aunque ciertamente su ámbito geográfico se extiende a la provincia completa»*.

Sin embargo, en la siguiente frase la Sentencia se desvía de dichos criterios y justifica la reducción de la multa *«en atención a las circunstancias concurrentes y muy singularmente tomando en consideración la capacidad económica de la recurrente»*. Esta «capacidad económica» viene relacionada por la Sala con las cifras de beneficios de la recurrente en los balances anuales de 1995 y 1994 (10,2 millones y 13 millones de pesetas, respectivamente).

De nuevo, cabe hacer el mismo comentario anterior: la Ley de Defensa de la Competencia fija su propio criterio para medir la «capacidad económica» del infractor y, de esta forma, considerar el elemento de proporcionalidad a la hora de fijar la cuantía de la multa. El legislador ha entendido que dicha «capacidad económica» viene determinada por el *«volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal»*.

A modo de curiosidad cabe decir que en este caso la Audiencia Nacional podría haber acudido al mismo criterio utilizado en la *Sentencia de 11 de abril de 2003*, en la que ante un expediente también relativo al mercado de las autoescuelas (expte. 461/99, Autoescuelas Alcalá) decidió reducir la multa impuesta por el TDC acudiendo a los precedentes establecidos por éste y diseñando un mecanismo de simulación según el cual la multa a fijar a la Asociación habría de ser ligeramente inferior a la obtenida de multiplicar el número de autoescuelas implicadas por 100.000 pesetas.

Si ese mismo criterio se hubiera aplicado al caso de las Autoescuelas de Tenerife, la cifra final obtenida habría sido muy cercana a los 9.000 euros en los que efectivamente la Sala fijó la multa definitiva. Considero que apelar al criterio de igualdad de trato basado en los precedentes hubiera sido más adecuado que acudir a un criterio ajeno a lo establecido por las normas de competencia como es el de «capacidad económica de la recurrente».

Sólo encontramos una referencia al concepto de «capacidad económica» en las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas, pero el enfoque es completamente distinto al señalarse que, a la hora de fijar la cuantía de la multa, *«será necesario tomar en consideración la capacidad económica efectiva de los autores de la infracción para infligir un daño importante a los demás operadores, sobre todo, a los consumidores»*.

El sentido en el que estas Directrices valoran el concepto de «capacidad económica» es distinto al dado por la Audiencia Nacional. Mientras ésta se refiere a la capacidad económica del infractor para hacer frente al pago de la multa impuesta, la Comisión Europea se refiere a la «capacidad económica» como aptitud del infractor para hacer daño a otros competidores o a los consumidores.

La corrección de esta interpretación no deja lugar a dudas con la continuación de la frase incluida en las mismas Directrices: *«y fijar un importe que dote a la multa de un carácter lo suficientemente disuasorio»*.

C. UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE DIFÍCIL INCARDINACIÓN

Existen también otros casos en los que la Audiencia Nacional ha utilizado criterios de difícil categorización. Se trata, por ejemplo, de la Sentencia de 21 de junio de 2002, que reduce la multa impuesta por la Resolución del Tribunal de 19 de noviembre de 1999 (expte. 446/98, Arquitectos Madrid) al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid de 9 a 5 millones de pesetas utilizando como argumento principal «el examen de los antecedentes obrantes en esta Sala, ponderando las distintas conductas en su momento sancionadas, la cuantía de las multas entonces impuestas, y la justificación dada por la Resolución ahora impugnada a la señalada junto a los importes afectados».

En este caso es más difícil identificar la línea doctrinal que ha llevado a la Audiencia Nacional a reducir la multa impuesta por el TDC. La parte final del argumento, «junto a los importes afectados», parece decantarse, de nuevo, por asociar la aplicación del criterio de proporcionalidad a los efectos de la conducta en el mercado. En todo caso, se trata de una referencia más confusa o ambigua que en las Sentencias mencionadas en los apartados anteriores.

D. LA DESIGUALDAD DE TRATO

Más claro es el cuarto tipo de casos en los que la sentencia de la Audiencia Nacional reduce la multa impuesta por el TDC aduciendo la existencia de un trato desigual ante unos mismos hechos.

Así, encontramos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 1999, que confirma la Resolución del Tribunal de 12 de diciembre de 1996 (expte. 376/96, Carteles Sidra) en cuanto al fondo, pero reduce la multa impuesta a una de las infractoras de 2 a 1 millón de pesetas.

En este caso, el argumento utilizado por la Audiencia Nacional para esta reducción del 50 por 100 de la multa impuesta por el TDC es que *«la Administración ante dos hechos iguales no puede imponer sanciones distintas, salvo que concurren circunstancias que así lo justifiquen, debiendo razonar quien sanciona cuáles son las circunstancias; o al menos debiendo inferirse cuáles son éstas con nitidez del expediente y la resolución administrativa»*.

Se trata de un argumento muy razonable dado que la Resolución del Tribunal, entre otras cuestiones, señalaba como co-responsables de una infracción del art. 1.1.a) LDC a la Asociación Asturiana de Cosecheros de Manzana Asturiana de Sidra y a la Asociación de Lagareros de Asturias. Sin embargo, mientras a la primera le había impuesto una multa de dos millones de pesetas; en el caso de la segunda, la multa se había limitado a un millón de pesetas.

Esta diferencia de trato no estaba justificada en el texto de la resolución y, por ello, acertadamente, la Audiencia Nacional decide proceder a la equiparación.

Similar situación se produce en el caso de la *Sentencia de 11 de abril de 2003*, que estima el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de 9 de marzo de 2000 (expte. 461/99, Autoescuelas Alcalá), en lo relativo a la multa, reduciéndola de 15 a 6 millones de pesetas.

En este caso, la Audiencia Nacional señala que a la hora de imponer multas *«debe valorarse el precedente establecido por el propio órgano administrativo sancionador»*. En lo relativo a este expediente, la Sala considera que, teniendo en cuenta resoluciones anteriores del TDC relativas a conductas similares en el mismo mercado, parecería razonable calcular la cuantía de la sanción partiendo de una hipotética multa de 100.000 pesetas a cada una de las 80 autoescuelas imputadas, lo que totalizaría 8 millones de pesetas.

No obstante, la Audiencia Nacional acota aún más este mecanismo al señalar que *«no es conforme a Derecho el trasladar automáticamente la suma del total de las sanciones que se habrían impuesto a los asociados individualmente a la Asociación, por lo que razonablemente se estima más conforme a Derecho una multa por importe de 6 millones de pesetas»*.

El argumento de la imposibilidad de trasladar automáticamente el importe hipotético de la suma de las sanciones individuales a la Asociación es criticable, dado que no se sustenta sobre ningún principio establecido del procedimiento administrativo sancionador y, de hecho, parece ir en contra de las comunicaciones desarrolladas por la Comisión Europea en esta materia.

En este sentido, en las Directrices de la Comisión para el cálculo de las multas se señala que en los asuntos en que participen asociaciones de

empresas y no resulte viable la imposición de multas individuales «*se impondrá a la asociación una multa global (...) equivalente a la totalidad de las multas individuales que hubieran podido ser impuestas a cada uno de los miembros de la asociación*». Estas Directrices no contemplan minoración alguna a la suma de las multas individuales.

Por otro lado, y con relación al criterio de igualdad de trato o de atención a los precedentes, creo que los argumentos esgrimidos por la Sala de la Audiencia Nacional son positivos para la autoridad administrativa, puesto que suponen un recordatorio de la necesidad de justificación detallada de sus decisiones como no puede ser de otra manera en el marco de un procedimiento sancionador y, sobre todo, de fijar una línea doctrinal homogénea y coherente en materia de multas.

No obstante, en este caso se echa en falta que la Sentencia de la Audiencia Nacional mencione a qué precedentes concretos se refiere y el método por el que llega a considerar que de dichos precedentes se infiere que la multa individual a considerar para cada autoescuela deba ser de 100.000 pesetas.

El texto de la Sentencia se limita a señalar que dicha desigualdad de trato se obtiene de «*la propia comparación que establece la recurrente*» en otros supuestos en los que el TDC ha decidido imponer multas por prácticas similares en el mismo sector de las autoescuelas.

La Sentencia podría estar refiriéndose a la Resolución de 18 de diciembre de 1998 (expte. 421/97, Autoescuelas Collado-Villalba), en la que se impusieron multas individuales a las seis autoescuelas infractoras que abarcaban desde las 50.000 pesetas a las 270.000 pesetas, en función del volumen de facturación de cada una de ellas.

Otro caso que podría ser considerado también como precedente en el sentido de la Sentencia señalada es el de la Resolución de 5 de junio de 1997 (expte. 391/96, Autoescuelas Linares), en la que las multas individuales impuestas a las once autoescuelas infractoras abarcaban cifras que oscilaban desde un mínimo de 39.000 pesetas hasta un máximo de 355.000 pesetas, igualmente en función del volumen de facturación de cada una de ellas.

En cualquier caso y suponiendo que sean éstos los precedentes a los que se refiere la Sentencia de la Audiencia Nacional, la doctrina del TDC parece ser la de asociar cada multa al nivel de facturación de cada autoescuela. En todo caso, ante la dificultad de cuantificar individualmente la multa a imponer a las 80 autoescuelas implicadas en el expediente que da lugar a la Sentencia de 11 de abril de 2003 parece razonable la decisión de la Audiencia Nacional de fijar un promedio único a aplicar en las 100.000 pesetas por autoescuela.

E. LA EXISTENCIA DE CONFUSIÓN NORMATIVA

Otro elemento utilizado en ocasiones para reducir o anular la multa impuesta por el TDC es el de la existencia de confusión normativa². Esta interpretación, además de incardinarse entre los principios básicos del procedimiento sancionador, también encuentra un referente en las Directrices de la Comisión Europea sobre el cálculo de multas en las que se señala que deberá considerarse como una circunstancia atenuante «*la existencia de una duda razonable de la empresa en cuanto al carácter ilícito del comportamiento restrictivo*».

El primer comentario que cabe hacer al respecto es constatar que la Comisión Europea trata esta cuestión como una atenuante pero no como una exigente de la imposición de multa. En segundo lugar, el propio tenor literal de las Directrices nos invita a pensar que se trata de una atenuante para cuya aplicación debe apelarse a la *rule of reason* y, en todo caso, debe hacerse con suma precaución.

En este caso también el Tribunal Supremo ha acudido a este argumento de confusión normativa para reducir la multa impuesta por el Tribunal, como muestra la Sentencia de 23 de marzo de 2005, que resuelve el recurso de casación presentado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2002, que estimó parcialmente el recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 1999 (expte. 412/97, BT/Telefónica).

A la hora de valorar el método de fijación de la cuantía de la multa utilizado por el TDC, el Tribunal Supremo comienza por aceptar las conclusiones de aquél en cuanto a las consideraciones relativas a que «*el abuso de posición de dominio es una de las infracciones más graves desde la perspectiva de defensa de la competencia*», la delimitación del mercado afectado, la determinación de la cuota de mercado de la infractora, el establecimiento de la duración de la restricción de la competencia y el carácter reiterativo de las conductas.

Sin embargo, la Sala del Tribunal Supremo considera que la Resolución del TDC no aprecia adecuadamente las implicaciones de la confusión normativa reinante en el momento de los hechos denunciados como atenuante de la responsabilidad de la infractora.

En palabras del Tribunal Supremo:

² La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005, que estima el recurso presentado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2002, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo planteado contra la Resolución del TDC de 19 de noviembre de 1998, considera la existencia de confusión normativa, incluso, como exigente de la declaración de infracción a la LDC.

«En efecto, relacionado como está, por un lado, con las circunstancias singulares de la regulación del mercado en las fechas de autos y, por otro, con las dudas sobre la legalidad de la situación de BT dentro de él, una y otra circunstancia hacen aconsejable modular el importe de aquélla —ya moderado, de suyo, por el Tribunal de Defensa de la Competencia— reduciéndolo a la cifra de trescientos millones de pesetas».

De esta forma, la Sala del Tribunal Supremo reducía la multa impuesta por el TDC de 580 a 300 millones de pesetas aduciendo la existencia de confusión normativa, en lo relativo al proceso de liberalización de las telecomunicaciones, atenuante de la responsabilidad del infractor.

Creo que el elemento de confusión normativa como atenuante de la responsabilidad subjetiva debe tomarse en cuenta en cualquier procedimiento administrativo sancionador, pero, en este caso concreto, resulta difícil entender que una empresa de las dimensiones del antiguo monopolio del sector de las telecomunicaciones, con su capacidad financiera y de asesoramiento legal, tuviera dificultades para entender correctamente si su actuación se desarrollaba conforme a las normas de competencia, incluso, en un entorno de liberalización en el que la regulación sectorial evoluciona con cierta rapidez.

A esta misma conclusión había llegado la *Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2002* que fue objeto del recurso de casación que dio lugar a esta Sentencia del Tribunal Supremo.

La Audiencia Nacional rechazaba la existencia de confusión normativa al afirmar que *«su incapacidad para actuar directamente frente al competidor que se considera ilegítimo —sin perjuicio de utilizar las vías legales— no podía ser desconocido para la actora, pues es algo de público conocimiento»*. El argumento de la Sala continúa en la misma línea al expresar que a la infractora, *«en cuanto que estaba vinculada por unas tarifas que debía aplicar a todos, tampoco podía serle desconocido, y que la aplicación de los precios en la forma en que lo hizo podía causar un perjuicio a su competidor, tampoco podía serle desconocido (sic)»*. El razonamiento de la Audiencia Nacional terminaba de forma contundente señalando que *«no es admisible la ignorancia de los efectos de tales cláusulas en el mercado, en el que se opera de manera permanente»*.

En esta ocasión parece más adecuado el acercamiento de la Audiencia Nacional al tema de la confusión normativa y más acorde con la posición de mercado de la infractora, así como con la propia capacidad de asesoramiento legal de una empresa de las dimensiones de la infractora.

Por el contrario, la Audiencia Nacional sí se acogió a este criterio de confusión normativa, conjuntamente con el de ausencia de responsabilidad objetiva o por el resultado, en su Sentencia de 23 de febrero de 1998 que anula la multa impuesta por la Resolución del Tribunal de 28 de julio de 1994 (expte. 339/93, COAM).

La Sala considera que en este caso cabe declarar la existencia de confusión normativa porque la Ley 2/1974, de 13 de febrero, que regulaba la actuación de los colegios profesionales permitía que éstos actuaran tanto como Administración Pública como operadores privados. De la misma forma, también era susceptible de generar confusión, a juicio de la Sala, el argumento de las recurrentes de que actuaban bajo el amparo legal previsto por el art. 2 LDC en la medida que existía un Reglamento interno de concursos que, según la recurrente, daba cobertura a la actuación reprochada.

Ante esta dualidad de personalidad jurídica y ante la posible cobertura de dicho Reglamento, la Sala entiende que el colegio profesional imputado pudo actuar confundido y no ser consciente de estar infringiendo las normas de la competencia. Esta circunstancia no es óbice para declarar la infracción, pero sí es determinante, a juicio de la Audiencia Nacional, para anular la multa.

Este elemento de confusión se ve confirmado, según la Sala, por la rectificación posterior de la conducta del Colegio imputado que supone *«una evidente falta de intención en obstaculizar la realización del proyecto seleccionado»* y, por tanto, de restringir la competencia.

En este caso, la Audiencia Nacional ampara su decisión en el hecho de que *«no puede imponerse sanción alguna cuando no concurra dolo o negligencia en la comisión»* de la conducta limitadora de la competencia.

Esta Sentencia fue, posteriormente, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2003.

En esta ocasión, y teniendo en cuenta el momento en que se produce la conducta imputada, parece razonable alegar la existencia de confusión normativa, puesto que la reforma de la Ley de Colegios Profesionales, que aclara la situación jurídica de estos órganos, así como su plena sujeción a las normas de la competencia, no entra en vigor hasta varios años más tarde, en 1997.

En el mismo campo de los colegios profesionales encontramos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2004, que estimó en parte el recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de 14 de diciembre de 2000 (expte. 481/99). En este caso, la situación es distinta a la del expediente que motiva la Sentencia anterior por el momento temporal, en el que se lleva a cabo la conducta.

La Sentencia de la Sala mantiene la declaración de infracción del art. 1 LDC realizada por el Tribunal, pero anula la multa impuesta por éste (25 millones de pesetas) aduciendo la existencia de confusión normativa y, por tanto, la ausencia de elemento subjetivo.

En concreto, la infracción se basaba en el mantenimiento por parte del Colegio de Administradores de Fincas de Sevilla y Huelva de unos

Estatutos que contenían cláusulas limitativas de la libertad de honorarios y de la libertad de publicidad de sus miembros una vez había entrado en vigor la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales que ya no amparaba tal tipo de conductas.

Esta Ley dotaba de una nueva redacción al art. 2.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, que rezaba lo siguiente: *«el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia»*.

No obstante, la Sala de la Audiencia Nacional consideró que *«hasta la fecha de publicación de la Ley citada y aun después de la misma puede afirmarse que subsistían dudas sobre el alcance de las potestades de los Colegios Profesionales en relación, especialmente, con la prohibición de la publicidad de sus colegiados»*.

Todo ello a pesar de que el TDC había declarado expresamente esta prohibición en varias de sus Resoluciones anteriores, en particular, las de 5 de octubre (expte. 471/99, Odontólogos Córdoba) y 18 de enero de 2000 (expte. 455/99, Abogacía Española).

Con afirmaciones tan claras como la de la nueva redacción del art. 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales y las contenidas en Resoluciones del TDC sobre la materia no parece fácil apelar a la existencia de confusión normativa como circunstancia eximente de la imposición de multas.

Similar argumentación es la que plantea la Audiencia Nacional en su Sentencia de 15 de febrero de 2000 que estima el recurso presentado contra la Resolución del Tribunal de 31 de julio de 1996 (expte. 363/95, Cosméticos Farmacia).

En este caso, la confusión no se origina por una concurrencia de normas supuestamente discrepantes, sino porque, según la Sala, diversos pronunciamientos de la Comisión Europea en asuntos relacionados con la distribución de productos farmacéuticos podrían haber hecho pensar a la imputada *«que la venta en exclusiva en farmacias era conforme con la libre competencia»* y, por tanto, *«no existiría elemento intencional o negligente en su actuación»*.

El TDC en su Resolución ya había analizado este asunto señalando que se trataba de *«una ignorancia no disculpable, en todo caso, porque estos acuerdos estaban ya incluidos en la LDC anterior de 1963 y el Tribunal se ha pronunciado sobre ellos en diversas ocasiones»*. Por tanto, no se trata de un elemento que no hubiera sido valorado por el TDC, sino que lo había hecho, y profundamente, llegando a la conclusión de que no existían dudas respecto al tratamiento dado a este tipo de acuerdos ni por la normativa nacional o comunitaria de defensa de la competencia ni por la

jurisprudencia.

En fin, creo que este grupo de Sentencias que basan la reducción o anulación de la multa impuesta por el TDC en la existencia de confusión normativa hacen una interpretación de este elemento demasiado benevolente con el infractor que, en ocasiones, no tiene en cuenta su posición real en el mercado ni la existencia de guías aclaratorias suficientes como pueden ser la propia claridad de las normas reguladoras o las Resoluciones anteriores del TDC sobre materias similares.

3. CONCLUSIONES

No obstante y más allá de estas discrepancias puntuales, el examen detenido de la actuación de los órganos judiciales en materia de defensa de la competencia nos debe llevar a dos conclusiones claras e indudables.

La primera es el importante respaldo que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han dado a las actuaciones del TDC en estos casi quince años en los que la Ley de Defensa de la Competencia ha estado en vigor.

Y la segunda conclusión se deriva de aquellos casos en los que las decisiones del TDC han sido anuladas. En estos casos, la actuación de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo ha sido de extraordinario valor para el desarrollo del modelo de defensa de la competencia en España porque ha guiado a las autoridades administrativas en un aspecto clave de su potestad sancionadora como es la política de multas.

Los razonamientos incluidos en las Sentencias anteriormente señaladas han servido al TDC para depurar su valoración de elementos claves para la fijación de la cuantía de las multas, como son la proporcionalidad, la colaboración con la Administración, los efectos reales en el mercado o la existencia de confusión normativa.

Más allá de discrepancias puntuales, casi todas las Sentencias analizadas introducen argumentos que matizan las decisiones del TDC en materia de multas con el ánimo de dotarlas de mayor coherencia y, de esta forma, conducir hacia un sistema más predecible y con mayores dosis de seguridad jurídica.

Para que ello sea así también parece oportuno que la reforma legislativa en curso tome en consideración algunas modificaciones en esta materia. De la misma forma, podría ser interesante que la nueva autoridad de competencia valore la importancia de elaborar unas directrices sobre el cálculo de multas similares a las de la Comisión Europea.

POLÍTICA COMUNITARIA DE AYUDAS PÚBLICAS. LA MODERNIZACIÓN PENDIENTE

Matilde CLIMENT GUIMERÁ

Coordinadora del Área de Ayudas Públicas
Dirección General de Defensa de la Competencia
Ministerio de Economía y Hacienda

1. INTRODUCCIÓN

El ambicioso programa de modernización de las normas y procedimientos comunitarios que regulan la competencia, diseñado por la Comisión Europea, se ha dirigido hasta ahora, fundamentalmente, hacia dos de los tres grandes pilares que constituyen este ámbito: el control de las concentraciones económicas y las conductas restrictivas.

Por ello, parece haber un amplio consenso en considerar que la reforma, tanto sustantiva como del procedimiento del tercer pilar, relativo al sistema comunitario de control de las ayudas públicas, está aún pendiente.

La entrada en vigor del Reglamento 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 Tratado¹, así como la adopción de una serie de Comunicaciones relativas al nuevo sistema instaurado en el Reglamento, conocidas como «Paquete de modernización» han dado carta de naturaleza a dicho programa en el ámbito de las conductas restrictivas.

El nuevo sistema incorpora elementos importantes e innovadores, como la eliminación de la notificación obligatoria de los acuerdos por parte de las empresas que ahora son las que deben evaluar el efecto anti-competitivo o no de los mismos y la descentralización de la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

La modernización de las concentraciones ha culminado con la publicación del Reglamento 139/2004, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas² que, sin establecer novedades relevantes

¹ DO, L 1, de 04 de enero de 2003.

² DO, L 24, de 29 de enero de 2004.

en el sistema actual, sí ha introducido cambios, tanto de carácter sustantivo como de procedimiento, que han permitido que, sin menoscabo de su actual flexibilidad, el control se refuerce y se adapte al nuevo entorno de una UE ampliada.

Desde la constitución de las Comunidades Europeas, se han ido sentando las bases de la estructura que configura el sistema de control de las ayudas públicas. Sin embargo, el gran proceso de modernización está a punto de acometerse.

2. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL ACTUAL SISTEMA DE CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS

El control de las ayudas de Estado por parte de la Comisión Europea ha funcionado durante más de cuarenta años sobre la base de las disposiciones del Tratado CE y del Derecho derivado, constituido por numerosas disposiciones de diferente rango y naturaleza: reglamentos (los menos), directrices, encuadramientos, comunicaciones, cartas a los Estados miembros...

En los últimos años, se han adoptado importantes elementos que constituyen, a su vez, la estructura básica del sistema.

A. REFORMAS DEL PROCEDIMIENTO

La larga experiencia acumulada por la Comisión Europea y la necesidad cada vez más palmaria de una recopilación y sistematización de todas esas disposiciones, condujo a la adopción del Reglamento 659/1999³ del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 88 del Tratado CE, conocido como el «Reglamento de procedimiento».

La definición clara del procedimiento de control constituye uno de los elementos fundamentales para la consolidación del sistema, con lo que ello supone de incremento en la transparencia, en la seguridad jurídica y en el carácter predecible de las actuaciones de la Comisión, tanto para los operadores económicos como para los Estados miembros, así como mayor agilidad en la concesión y en la eficiencia en el empleo de los recursos disponibles.

El Reglamento 794/2004⁴ de la Comisión, de 21 de abril, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento 659/1999, co-

³ DO, L 83, de 27 de marzo de 1999.

⁴ DOUE, L 140, de 30 de abril de 2004.

nocido como «Reglamento de aplicación», desarrolla el procedimiento y recoge los diferentes formularios de notificación para cada tipo de ayuda con la información necesaria y, en principio, suficiente que debe ser suministrada a la Comisión Europea para que pueda pronunciarse sobre los proyectos notificados. De esta forma, se facilita el proceso de notificación por parte de los Estados miembros, se agiliza y abrevia el intercambio de información y, con ello, la adopción de la decisión final.

B. LOS REGLAMENTOS DE EXENCIÓN

La necesidad de optimizar los recursos disponibles por parte de la Comisión Europea con el fin de dirigirlos hacia las ayudas más lesivas para el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado único ha tenido como consecuencia la aparición de un nuevo instrumento en el ámbito de las ayudas y, sin embargo, bien conocido en el de las conductas restrictivas: los reglamentos de exención.

En ellos se declara que ciertas categorías de ayudas de Estado son compatibles con el mercado común, en determinadas condiciones, y no están sujetas a la obligación de notificación para su autorización.

El Reglamento 994/1998 del Consejo⁵, de 7 de mayo, faculta a la Comisión Europea para adoptar reglamentos de exención para ciertas categorías de ayudas de carácter horizontal: pequeñas y medianas empresas, formación, empleo, investigación y desarrollo y protección medioambiental.

En el ejercicio de esta facultad, la Comisión ha adoptado, en primer término, reglamentos de exención para las ayudas a pequeñas y medianas empresas⁶, a la formación⁷, al empleo⁸, así como un reglamento de ayudas *de minimis*⁹ que exime de la notificación a las ayudas que no superen un determinado umbral por debajo del cual la Comisión entiende que no afectan a los intercambios comunitarios y/o no falsean la competencia y, por lo tanto, no entran en el ámbito de aplicación del art. 87 del Tratado CE.

Posteriormente, la Comisión, sobre la base de la aplicación de estos reglamentos y a la vista de los buenos resultados obtenidos, ha modifica-

⁵ Reglamento de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los arts. 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas horizontales (DO, L 142, de 15 de mayo de 1998).

⁶ Reglamento 70/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DO, L 10, de 13 de enero de 2001).

⁷ Reglamento 68/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (DO, L 10, de 13 de enero de 2001).

⁸ Reglamento 2204/2002, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas al empleo (DO, L 330, de 13 de diciembre de 2002).

⁹ Reglamento 69/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* (DO, L 10, de 13 de enero de 2001).

do el reglamento de exención de PYME para ampliar su ámbito de aplicación a las ayudas de investigación y desarrollo¹⁰.

Los sectores agrario y pesquero tampoco han sido ajenos al empleo de este nuevo instrumento. El Reglamento 1/2004¹¹, de 23 de diciembre de 2003, establece la correspondiente exención para las ayudas a las PYME dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos agrarios y el Reglamento 1595/2004¹², de 8 de septiembre de 2004, la establece para las PYME dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca. Finalmente, el Reglamento 1869/2004¹³, de 6 de octubre de 2004, dispone la aplicación de la regla *de minimis* en estos dos sectores.

Además de optimizar los recursos de la Comisión, facilitar y agilizar la concesión de las ayudas menos lesivas para la competencia, aumentar la transparencia en el control y ofrecer una mayor seguridad jurídica, estos reglamentos pretenden redirigir las ayudas hacia objetivos horizontales, por lo que están en consonancia con los fines planteados por el Consejo en diversas ocasiones y, más concretamente, en Lisboa y Estocolmo.

Las conclusiones de ambos Consejos han sido uno de los principales elementos rectores del diseño de la futura reforma del sistema comunitario de control de las ayudas por lo que se analizan más adelante.

3. INTENTOS FALLIDOS DE FLEXIBILIZACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE AYUDAS

De estas primeras etapas del proceso de modernización habría que recordar los dos proyectos de Comunicación¹⁴ que la Comisión presentó a finales de 2003, con el fin de mejorar el sistema al intentar priorizar la política de ayudas de Estado a través de la implantación de un test de impacto significativo.

La Comunicación sobre las ayudas estatales con efectos limitados en el comercio intracomunitario (LET)¹⁴ buscaba establecer un marco simplificado para la evaluación de aquellas ayudas públicas que por su naturaleza tendrían efectos limitados en el comercio intracomunitario y, por tanto, poco relevantes desde un enfoque de defensa de la competencia. La Comisión pretendía identificar los factores que permitieran considerar

¹⁰ Reglamento 364/2004, de 25 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento 70/2001 con vistas a ampliar su alcance a las ayudas de investigación y desarrollo (DO, L 63, de 28 de febrero de 2004).

¹¹ DO, L 1, de 3 de enero de 2004.

¹² DO, L 291, de 14 de septiembre de 2004.

¹³ DO, L 325, de 28 de octubre de 2004.

¹⁴ Communications LASA (*Lesser amounts State aid*) y LET (*State aid of Limited effects on Trade*).

que una ayuda tiene esos efectos, es decir, tipificar aquellas situaciones en las que el falseamiento de la competencia a nivel comunitario sea menos grave y declararlas compatibles con el mercado común.

La Comunicación para la evaluación de las ayudas estatales de pequeña cuantía (LASA)¹⁴ tenía como principal objetivo flexibilizar la evaluación de ese tipo de ayudas y agilizar su aprobación.

A pesar de las posibilidades que ofrecen los reglamentos *de minimis*, la Comisión entendió, en su día, que aún existía cierto margen para tratar de forma más laxa las ayudas que sobrepasan el umbral pero que no llegan a ser relevantes para las condiciones de competencia en el mercado único.

Ambas Comunicaciones tuvieron una acogida favorable por parte de los Estados miembros por entender que les permitiría mayor flexibilidad para diseñar y aplicar las medidas de ayudas públicas que no suponen un riesgo para el comercio o la competencia. Sin embargo, finalmente fueron consideradas por la Comisión como una opción no viable, debido a la inseguridad jurídica que generaban y a los problemas de aplicación que planteaban.

4. LA REFORMA ANUNCIADA

La política de competencia debe ser un instrumento en constante evolución con el fin de dar respuesta a los acontecimientos de índole, especialmente, económica o política, que ocurren tanto en la esfera comunitaria como en la internacional.

De la misma forma, la política comunitaria de ayudas públicas está sometida a ese proceso evolutivo y requiere ajustes para poder afrontar los cambios económicos, legales e institucionales que afecten a su correcto funcionamiento y permitan su adaptación a la realidad económica de los mercados en los que incide.

La Estrategia de Lisboa planteada por el Consejo en el año 2000 señalaba como su principal objetivo «convertir a la UE en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo» en un plazo que finalizaría en 2010. Para ello, se considera necesario un incremento de la competitividad de las economías europeas y el fomento del desarrollo sostenible y el crecimiento del empleo mediante una combinación equilibrada de objetivos económicos, sociales y medioambientales. Dentro de esta estrategia, el Consejo lanzó el proceso de reducción del volumen global de las ayudas de Estado y su reorientación hacia objetivos horizontales. El Consejo de Estocolmo de 2001 recogió, a su vez, un mandato más concreto a los Estados miembros, reiterado en el Consejo de Barcelona de 2002, consistente en lograr una reducción del volumen total de las ayudas en relación con el PIB en 2003.

La Comunicación de la Comisión de 2004 «Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva»¹⁵ plantea un desarrollo de la competencia como complemento y refuerzo de las políticas comunitarias que contribuyen a la Estrategia de Lisboa. En ella ya se habla de las reformas en curso en el ámbito de las ayudas públicas hacia un planteamiento más económico de las mismas que permita identificar y eliminar las más perjudiciales para las condiciones de competencia y, por otra parte, amplíe el margen y facilite la actuación de los Estados miembros para la adopción de medidas de carácter horizontal dirigidas a la consecución de los objetivos de Lisboa.

La nueva Comisaria de Competencia, Neelie Kroes, ha realizado numerosas declaraciones e intervenciones en diferentes foros, para explicar los puntos principales de su actuación. Entre ellas, destaca la reforma, tanto sustantiva como de procedimiento, del sistema de ayudas públicas.

Las líneas directrices y el desarrollo de la misma están recogidas en la Comunicación de la Comisión, presentada en junio de 2005, acerca del futuro de la política de ayudas de Estado en el contexto de la ampliación y el ímpetu renovado de la Estrategia de Lisboa. El desarrollo se concreta en el «Plan de Acción de Ayudas Estatales» que tiene como uno de sus principales objetivos: «Menos ayudas y mejor orientadas» e incluye una hoja de ruta para la reforma que cubre el período 2005-2009¹⁶.

5. LA REFORMA NECESARIA

Actualmente, existe una serie de factores que por sí mismos justificarían una reforma del sistema de ayudas. La conjunción de todos ellos hace más patente la necesidad de la reforma y marcan claramente, a su vez, las líneas rectoras de la misma.

En primer lugar, el funcionamiento durante tanto tiempo del actual sistema ha permitido acumular una experiencia especialmente valiosa para diseñar la gran reforma, ya que ha permitido identificar sus principales carencias y, a su vez, los aspectos positivos que, por tanto, deben ser mantenidos e incluso reforzados en el nuevo sistema.

En segundo lugar, la Unión Europea ha sufrido un proceso de ampliación sin precedentes con la incorporación de diez nuevos miembros con lo que ello conlleva de incremento de la carga de trabajo, especialmente de la Comisión Europea, tanto administrativa como de gestión y control, así como de esfuerzo en la adaptación, coordinación y coherencia en la actuación, en este caso tanto por parte de la Comisión como de los Estados miembros, especialmente de los recién llegados.

¹⁵ COM (2004) 293 final, de 20 de abril de 2004.

¹⁶ COM (2005) 107 final.

Finalmente, la Unión Europea quiere dar nuevo impulso a la Estrategia de Lisboa, iniciada hace cuatro años sobre la base de reformas económicas y estructurales y que no parece haber dado los resultados esperados. Ello podría deberse, especialmente, a las grandes diferencias existentes entre los Estados miembros en los ámbitos de la sociedad de la información, la investigación, el desarrollo y la innovación y el clima empresarial. Factores todos ellos básicos para el logro del incremento de competitividad buscado.

En consecuencia, la reforma debería estar basada en las siguientes líneas de actuación:

— Codificación, simplificación, actualización y clarificación de las normas y procedimientos que controlan las ayudas.

— Mejora de la eficiencia en la aplicación de las normas comunitarias sobre ayudas públicas, así como en la gestión de las ayudas, tanto por parte de la Comisión como de los Estados miembros. Supondría subsanar las deficiencias detectadas en el sistema actual y reforzar los mecanismos que permiten una actuación eficiente.

— Dotar a la Comisión de los instrumentos adecuados para que pueda realizar correctamente su función en una UE ampliada. Sus actuaciones deberían dirigirse hacia las ayudas más lesivas para la competencia, sin menoscabo de su función general de control y supervisión. Todo ello exige una mejora en la gestión que asegure un control eficaz en la UE ampliada.

— Revisión de las normas actuales de forma que se potencie la consecución de los objetivos de Lisboa. La competencia se debe concebir como un instrumento básico para el funcionamiento de los mercados de una forma económicamente eficiente. El marco normativo debe adaptarse a la realidad económica actual y plantear una valoración de las ayudas desde un enfoque con un componente económico más profundo. Deben articularse como un instrumento dirigido a paliar fallos del mercado claramente identificados.

En cualquier caso, resulta evidente que cualquier cambio debe abordarse desde un enfoque global que permita que el proceso se lleve a cabo de una forma sistemática, coherente y omnicomprendensiva.

6. LA REFORMA QUE PLANTEA LA COMISIÓN EUROPEA

Con el fin de abordar la modernización pendiente de las ayudas de Estado, la Comisión ha presentado su «Plan de Acción en Ayudas de Estado» para el período 2005-2009, que plantea como un documento de consulta en el que expone su programa de trabajo para los próximos años. Además de explicar las razones que obligan a la reforma y las bases sobre las que se va a desarrollar, anuncia los diferentes documentos que

van ser sometidos a revisión así como el objeto de la misma. Además, incluye la hoja de ruta que marcará las diferentes etapas.

A. TIPO DE REFORMA

La Comisión se decanta por una modernización de la política de ayudas, tanto sustantiva como de procedimiento, desde un enfoque global y por la revisión de los distintos instrumentos mediante la aplicación de principios claros y sobre la base de un adecuado análisis económico y de mejora en la gestión.

Este enfoque más ambicioso permitiría una revisión más coherente en sí misma y con el resto de las políticas comunes. Por otra parte, permitiría racionalizar, optimizar y simplificar el empleo de instrumentos como los reglamentos de exención y la simplificación del sistema por la desaparición o sustitución de otros como encuadramientos o directrices.

B. PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA REFORMA

La reforma debería ser coherente con los principios por los que se ha regido hasta ahora la Comisión Europea en el desarrollo de la política de ayudas de Estado y su evolución, así como con los retos a los que actualmente se enfrenta esa política.

De acuerdo con el Plan de Acción, la reforma se va a articular alrededor de los siguientes elementos:

- Menos ayudas públicas y mejor orientadas, acorde con el mandato de Estocolmo.
- Un planteamiento económico más profundo, con el fin de mejorar la eficiencia en el mercado y así lograr el incremento del desarrollo sostenible y del empleo, planteado en el Consejo de Lisboa.
- Procedimientos más eficientes; mejor cumplimiento, incremento del carácter predecible de las actuaciones de la Comisión y de la transparencia.
- Responsabilidad compartida entre la Comisión y los Estados miembros. La eficacia en el control de las ayudas de Estado necesita el apoyo de los Estados miembros y su compromiso con la correcta aplicación de las normas, especialmente, la obligación de notificar las ayudas.

El ingreso de los nuevos Estados miembros ha exigido previamente la sistematización, análisis y modificación de todas sus ayudas existentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Tratado CE. Para ello, han creado autoridades de control de las ayudas. Esta experiencia sugiere la posibilidad de que autoridades independientes pudieran jugar un papel importante en

la aplicación y el seguimiento de las ayudas y, así, mejorar el cumplimiento de las normas que las regulan. En este sentido, es importante recordar la reciente creación en el seno de la Dirección General de Competencia de una nueva unidad encargada del seguimiento y control de la recuperación de las ayudas que se está mostrando especialmente activa.

C. PRINCIPIOS QUE SUBYACEN A LA REFORMA

Las medidas de ayuda pública pueden constituir un instrumento eficaz para la consecución de objetivos de interés común. La reforma, por tanto, se dirige a:

- La corrección de fallos del mercado claramente delimitados.
- La mejora del mercado único mediante el incremento de la competitividad.
- Promover la cohesión social y regional así como la diversidad cultural.

Todo ello, teniendo siempre presente que la utilización de las ayudas debe hacerse siempre que no haya otro tipo de medida más adecuada para lograr el objetivo propuesto; sean proporcionales al fallo que pretende subsanarse; distorsionen las condiciones de competencia en la menor medida posible y que la distorsión se vea compensada por los beneficios obtenidos desde el punto de vista del interés común.

D. HOJA DE RUTA PARA 2005-2009

La Comisión Europea va a abordar la reforma en tres etapas claramente diferenciadas. Si bien concede especial prioridad a las medidas relacionadas con la Estrategia de Lisboa.

a) *2005-2006: Reforma de las normas relacionadas con los objetivos de Lisboa*

En esta primera fase se incluyen muchas normas que hubieran tenido que ser revisadas igualmente debido a su caducidad a lo largo de este período. En cualquier caso, de las medidas de reforma anunciadas destacan:

- Integración de los actuales reglamentos de exención en uno general, de forma que se consolidaría y simplificaría la aplicación de este instrumento. Se incluirían las categorías ya exentas y se podrían incorporar otras nuevas como las ayudas a la protección medioambiental, las regionales y las de salvamento de empresas en crisis.

— La adopción en 2005 de una Comunicación sobre ayudas de Estado a la innovación para la creación del marco adecuado para el fomento de los procesos innovadores. Se podría reformar el vigente reglamento de exención de ayudas a I+D para PYME para incluir ciertos tipos de ayudas a la innovación. Antes de finales de 2005 hay que revisar el encuadramiento de ayudas a I+D. Se ha sugerido la posible adopción de uno nuevo en el que quedarán englobadas las ayudas a I+D y a la innovación.

— La revisión de la Comunicación sobre ayudas de Estado y capital riesgo con el fin de facilitar la implantación de pequeñas y medianas empresas jóvenes e innovadoras y de flexibilizar el empleo de este instrumento financiero de fomento a la inversión.

— Las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado a la protección medioambiental están vigentes hasta 2007. Sin embargo, se revisarían en este período con el fin de dirigirlas hacia las estrategias de desarrollo sostenible y fomentar, especialmente, la eco-innovación y los procesos eco-eficientes.

b) 2007-2008: Reforma de normas de procedimiento

La reducción de la carga administrativa de la Comisión obliga a reformar el procedimiento actual. Para ello se plantea:

— La posible reforma del Reglamento 659/1999, de procedimiento. Como posibles opciones se podrían considerar: a) el ahorro de tiempo y el incremento de la transparencia, incluso, mediante un mayor empleo de Internet; los procedimientos se podrían cerrar en plazos más breves con la cooperación de los Estados miembros y la remisión de la información necesaria en el plazo adecuado; b) garantizar la correcta notificación de las ayudas; se baraja la posibilidad de la recuperación transitoria de las ayudas no notificadas como mecanismo disuasorio, así como el envío de un dictamen motivado al Estado miembro que ha incumplido la obligación de notificación y, en caso necesario, recurrir al Tribunal de Justicia CE; c) formalizar la aplicación de las medidas apropiadas dirigidas a compatibilizar con el Tratado CE las ayudas existentes, mediante un diseño más formal de las decisiones adoptadas, con mayor participación de los operadores en el mercado y mayor información sectorial.

— La posible ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento 994/1998 que habilita a la Comisión para la adopción de reglamentos de exención, de forma que se pudieran aplicar a las ayudas a la cultura y a la conservación del patrimonio.

— Revisión del resto de las normas relativas a ayudas públicas con el fin de dar coherencia y unidad a la reforma. En concreto, la Comunicación sobre los seguros de crédito a la exportación a corto plazo; la metodología de cálculo de los intereses para la recuperación de las ayudas; la Comunicación sobre las ayudas a los servicios públicos de radiodifusión

con el fin de incorporar los avances tecnológicos en este ámbito; la Comunicación sobre la industria cinematográfica y audiovisual, para valorar la conveniencia de incluirla en un reglamento de exención.

c) *Evaluación del proceso de reforma*

Una última fase tiene como objetivo la evaluación de los resultados obtenidos.

7. ÁMBITOS QUE MERECEN UN ANÁLISIS MÁS DETALLADO

Las ayudas públicas de carácter regional y la financiación pública de los servicios de interés económico general (SIEG) constituyen elementos importantes de la política comunitaria de ayudas públicas. Debido a su especial incidencia, además, en otras políticas comunes como la de cohesión y a la problemática concreta que plantean, merecen un análisis singular.

El debate de ambos temas ha comenzado antes de la presentación del Plan de Acción por parte de la Comisión Europea.

A. LAS AYUDAS REGIONALES

En el marco de la Estrategia de Lisboa, la reducción de las disparidades entre las regiones de Europa se considera un factor de estabilidad y un gran potencial de crecimiento.

La política comunitaria de ayudas regionales debe ser revisada y actualizada para que pueda hacer frente a los cambios y nuevos enfoques provocados, especialmente, por la ampliación.

De esta forma, se evitarían las rivalidades entre regiones en la concesión de ayudas, mediante la creación de los incentivos adecuados para el crecimiento y la creación de empleo, no sólo en las regiones más desfavorecidas, sino en el conjunto de la UE.

La Comisión Europea plantea la revisión teniendo en cuenta el Tercer Informe de Cohesión en el que se fijan tres objetivos claros que, a su vez, subyacen en las propuestas de la Comisión sobre fondos estructurales: convergencia, competitividad regional y empleo, y cooperación territorial europea.

Las actuales Directrices están vigentes hasta 2006. Tras la discusión con los Estados miembros de un documento no oficial, la Comisión

anunció la elaboración de un proyecto de directrices para adoptarlas, en principio, en septiembre de 2005.

a) *Modificaciones más relevantes planteadas por la Comisión Europea*

En el documento discutido con los Estados miembros se hacía una serie de propuestas basadas en dos principios fundamentales: una concentración muy estricta de las regiones subvencionables por ese tipo de ayudas en las más pobres y una reducción sustancial de las intensidades de las ayudas.

Ello se traduce en una serie de cambios en relación con el sistema actual, entre los que destacan:

a) Un descenso generalizado de los techos máximos de ayuda, modulando la intensidad de la ayuda según el tamaño de la empresa.

b) Las nuevas regiones 87.3.a)¹⁷ serían aquellas cuyo PIB/habitante < 75 por 100 de la UE-25, además de las regiones ultraperiféricas. La llegada de los diez nuevos Estados miembros ha conllevado un descenso de la media del PIB/habitante en la UE. Ciertas regiones que en la UE-15 estarían consideradas como 87.3.a) dejarían de serlo por el denominado efecto estadístico y pasarían a ser 87.3.c)¹⁸

c) Se diferencian tres tipos de regiones dentro de la categoría 87.3.c): i) las regiones de «desarrollo económico» que superan el 75 por 100 del PIB/habitante de la UE-15; ii) las regiones de «efecto estadístico» en las que tras la ampliación su PIB/habitante es inferior al de la UE-15 pero superior al de la UE-25 y, por último, iii) las regiones de baja densidad de población¹⁹.

d) La posible inclusión en las Directrices de las ayudas a la inversión de sustitución y su distinción respecto de las ayudas a la inversión inicial.

e) Las ayudas a la inversión a las grandes empresas se dirigen fundamentalmente hacia las regiones menos desarrolladas y se limita su cantidad a la necesaria para compensar las deficiencias de la región en la que se conceden.

Las ayudas públicas de finalidad regional son las que estarían más justificadas desde un punto de vista tanto económico como de defensa de la competencia. Tienen como principal objetivo subsanar situaciones estructurales y fallos del mercado, con un carácter claramente horizontal. Por otra parte, son coherentes y complementarias con la política comunitaria de cohesión.

¹⁷ Ayudas que pueden considerarse compatibles por estar destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo.

¹⁸ Ayudas que pueden ser consideradas compatibles por estar destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas.

¹⁹ Menos de 12,5 habitantes por km².

Desde ese enfoque, se podrían considerar positivos ciertos aspectos de los puntos planteados en el documento de la Comisión, como:

— La disminución general de las intensidades máximas de ayuda estaría en línea con los acuerdos del Consejo de Estocolmo de reducir el volumen global de las ayudas de Estado en el conjunto de la UE.

— El tratamiento más favorable a las inversiones de sustitución introduciría un mecanismo más flexible para la concesión de ayudas a este tipo de inversiones y, por tanto, supondría una mejora innovadora importante para el desarrollo de la región.

Como aspecto negativo podría destacarse que las regiones de efecto estadístico pasan a ser consideradas «más ricas» por el simple hecho de cambiar el patrón de comparación. Parece necesario establecer un adecuado período de adaptación a esta nueva situación. No hay que olvidar que ciertas regiones españolas podrían entrar en la categoría de regiones de efecto estadístico.

B. LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Los Servicios de Interés General (SIG) constituyen un factor vital en el desarrollo del modelo de la sociedad europea. Consciente del papel crucial del buen funcionamiento, accesibilidad, asequibilidad y alta calidad de los mismos en el bienestar de los ciudadanos, el medio ambiente y la competitividad de las empresas, la Comisión Europea publicó en mayo de 2004 el *Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General*²⁰. En el mismo, se considera que el suministro de unos servicios de interés económico general (SIEG) de calidad es un elemento básico y esencial para garantizar la cohesión territorial y social y para el ejercicio de una ciudadanía efectiva.

En el debate del Libro blanco, suscitó especial controversia la financiación de los SIEG, las compensaciones por su prestación y su posible consideración como ayuda de Estado. Por ello, la Comisión anunció la adopción de una serie de textos legales dirigidos a clarificarlas y a exponer sus criterios de actuación en este ámbito.

El Plan de Acción de las ayudas de Estado recoge este compromiso que deberá plasmarse en:

— Una decisión de la Comisión Europea para que las empresas encargadas de la gestión de SIEG queden sometidas al Tratado CE. Se podría analizar la pertinencia de conceder una exención a las compensaciones de escasa cuantía.

²⁰ COM (2003) 270, de 2 de abril de 2003.

— Unas directrices en las que se especifiquen las condiciones en las que las compensaciones de servicio público que se consideran ayudas públicas son compatibles con el Tratado.

— Una comunicación en la que se reconozca plenamente el interés general en los servicios sociales y sanitarios y se facilite la cooperación entre los Estados miembros para garantizar un alto nivel de protección de la salud en toda la UE.

— La modificación de la Directiva de transparencia en las relaciones financieras entre el Estado y las empresas públicas, con el fin de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE. En particular, la Sentencia *Altmark*, de 24 de julio de 2003²¹, en la que se consideró que las subvenciones públicas dirigidas a permitir la explotación de servicios públicos no son ayudas de Estado, según art. 87 TCE, en la medida en que supongan una compensación como contrapartida a las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público. Siempre que cumplan los siguientes requisitos:

La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de ejecutar obligaciones de servicio público que deben estar, a su vez, definidas claramente.

Los parámetros para el cálculo de la compensación se deben establecer previamente de forma objetiva y transparente.

La compensación no debe superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos generados por las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la prestación del servicio.

Cuando la elección de la empresa encargada del servicio público no se haya realizado mediante un proceso de contratación pública, la compensación se debe calcular sobre la base de un análisis de los costes que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para satisfacer las obligaciones de servicio público, considerando igualmente los ingresos y un beneficio razonable.

8. CUMPLIMIENTO POR ESPAÑA DEL MANDATO DE ESTOCOLMO

Uno de los principales objetivos de la reforma se centra en diseñar una política de ayudas públicas que tenga como resultado «menos y mejores ayudas».

El cumplimiento por parte de los Estados miembros del mandato del Consejo de Estocolmo se ha ido registrando en los marcadores de ayudas

²¹ Caso C-280/00, *Altmark Trans and Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark* [2003] ECR I-7747.

públicas que la Comisión Europea publica todos los años²², con el fin de informar acerca de la evolución de las ayudas de Estado en el conjunto de la UE.

El Marcador de primavera de 2005 recoge el comportamiento de la UE-15 en relación con la reducción del volumen total de las ayudas en el año 2003, expresado como porcentaje del PIB en el «Indicador de reducción de Estocolmo», así como en relación con la reorientación de las ayudas hacia objetivos horizontales y de interés común como el de la cohesión en el «Indicador de reorientación».

El conjunto de la UE-15 presenta un descenso del volumen total de ayudas de Estado como porcentaje del PIB²³ para el período 1999-2003 de 0,02 puntos porcentuales²⁴. La Comisión concluye que, a pesar del pequeño descenso registrado, la UE-15 ha mostrado un comportamiento estable en relación con el «Indicador de reducción». En el período 2001-2003, el indicador no ha mantenido una tendencia descendente, sino que ha presentado oscilaciones.

España muestra mejor comportamiento que la UE-15 en este aspecto, ya que en el período 1999-2003 se registra un descenso del Indicador de reducción de 0,08 puntos porcentuales. Aunque la reducción en el caso de España es más patente, ambos valores todavía son superiores a los de la UE-15²⁵.

En relación con el «Indicador de reorientación», tanto la UE-15 como España muestran un buen comportamiento.

La UE-15 presenta una proporción de ayudas dirigidas a objetivos horizontales en relación con el total de las ayudas, para el período 2001-2003, del 76 por 100, lo que representa un incremento en la redirección de las ayudas hacia dichos objetivos de 5 puntos porcentuales, en relación con el valor registrado para 1999-2001, que alcanza el 71 por 100.

España ha logrado un traslado de las ayudas de 10 puntos porcentuales entre los dos períodos considerados. En 1999-2001 presentaba un valor del 49 por 100 frente al 59 por 100 que corresponde a 2001-2003.

En relación con este Indicador, España ha hecho un mayor esfuerzo de reorientación que la UE-15 aunque todavía la proporción de ayudas horizontales presenta valores inferiores a ésta. Sin embargo, es importante destacar que se ha logrado invertir la distribución registrada en el primer período, de forma que, actualmente, las ayudas horizontales superan ya a las de carácter sectorial.

²² http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/register.

²³ El volumen total de ayudas considerado excluye las ayudas al transporte.

²⁴ La UE-15 presenta para el período 1999-2001 un valor de 0,61 por 100 y para 2001-2003 un valor de 0,59 por 100.

²⁵ España presenta para el período 1999-2001 un valor de 0,74 por 100 y para 2001-2003 un valor de 0,66 por 100.

En conclusión, la Unión Europea sigue gastando lo mismo en ayudas de Estado, aunque en otro tipo de ayudas. España está reduciendo su gasto en ayudas públicas en mayor medida que el conjunto de la UE y también las está dirigiendo hacia objetivos horizontales con mayor intensidad que esta última.

La adopción de reglamentos de exención para ayudas de carácter horizontal y su progresiva aplicación han contribuido en gran medida a la obtención de unos resultados positivos, desde el punto de vista de la reforma de la política de ayudas públicas y, por tanto, de la Estrategia de Lisboa.

Cabe esperar que el desarrollo y consolidación de este instrumento, así como el resto de las medidas propuestas en el Plan de acción 2005-2009 de la Comisión Europea, se traduzcan en España en el diseño de políticas de ayudas públicas eficientes, eficaces y dirigidas a lograr la mayor competitividad para nuestra economía.

9. FUTURA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE AYUDAS PÚBLICAS

El sistema de competencia español, basado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, también debe ser revisado con el fin de incorporar las modificaciones, tanto sustantivas como procedimentales, acaecidas en el entorno comunitario, así como para seguir siendo el mejor instrumento para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia, para controlar los cambios estructurales derivados de las concentraciones económicas y para analizar el impacto de la actuación del sector público en los mercados.

En enero de 2005, se ha presentado el «Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia».

En el ámbito concreto de las ayudas públicas se plantea la reforma de los instrumentos de seguimiento y control de las ayudas actualmente existentes a nivel nacional.

El objetivo fundamental sería incrementar la eficiencia de las ayudas, tratar de identificar y minimizar las posibles distorsiones causadas y redirigir las ayudas hacia objetivos horizontales que, compatibles con el mantenimiento de la competencia, coadyuvaran al incremento de la productividad interna.

Para ello, se proponen una serie de medidas dirigidas a aumentar el papel de análisis y evaluación de los efectos de las ayudas públicas sobre la competencia, por parte de la futura Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, cuya creación como órgano independiente se propone y articula en dicho Libro.

10. CONCLUSIÓN

El gran proceso de reforma de las normas y procedimientos comunitarios relativos a la defensa de la competencia, acometido por la Comisión Europea quedará cerrado cuando se realice la correspondiente al pilar de las ayudas públicas.

Después de largos años de funcionamiento del sistema comunitario de ayudas públicas, la reforma es necesaria y debe dirigirse a:

- Revisión de las normas hacia la consecución de los objetivos de la Estrategia de Lisboa.
- La modernización, simplificación, codificación y clarificación de la actual normativa.
- Mejorar la eficiencia en la aplicación de las normas y en la gestión y el control de las ayudas.
- Dotar al sistema de los instrumentos necesarios para que ejerza su función de forma efectiva y eficaz en una Unión Europea recientemente ampliada.

La reforma debe ser global, omnicomprendensiva y coherente en sí misma y con otras políticas comunes.

LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY 1/2002

Gloria PEÑAFIEL GARCÍA

Consejera Técnica

Subdirección General de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales

Dirección General de Defensa de la Competencia

Ministerio de Economía y Hacienda

1. INTRODUCCIÓN

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 Competencia¹, viene a establecer, según la propia Exposición de Motivos, el marco legal para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la Ley de Defensa de la Competencia², y su desarrollo reglamentario.

Las competencias ejecutivas que en materia de defensa de la competencia se reconocen a las Comunidades Autónomas, y que ejercen de forma concurrente con la Administración General del Estado, habían quedado determinadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, y se concretan en la aplicación de lo dispuesto en la LDC en el ámbito de la lucha contra conductas restrictivas de la competencia, es decir, los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, así como las relativas a las autorizaciones a las que se refiere el art. 4 de la misma.

La propia sentencia, en su Fundamento Jurídico Octavo reconocía la vigencia de los preceptos de la LDC, a pesar de haberse declarado algunos de ellos nulos hasta tanto el Estado no fijase los puntos de conexión³ que permitiesen a las Comunidades Autónomas ejercer las competencias ejecutivas que les reconocen sus Estatutos de Autonomía, en la medida que reconozcan competencia en relación con el «comercio interior».

¹ En adelante, Ley 1/2002 o Ley de Coordinación de Competencias.

² Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante, LDC.

³ Comparto la posición manifestada en ocasiones por distintos colaboradores, acerca de la confusión que el término «puntos de conexión» suscita en cualquier lector. La traducción práctica podría ser «los criterios de delimitación competencial entre Administraciones».

Para poner fin a la situación anómala generada tras la sentencia, en febrero de 2002 se promulgó la Ley de Coordinación de Competencias, con pleno respeto a los criterios manifestados por el Tribunal Constitucional en la sentencia referida.

A partir de ese momento se establecían las bases para que en un nuevo escenario, donde junto a los órganos de la Administración General del Estado competentes de forma plena en materia de defensa de la competencia se irían creando órganos autonómicos con competencias ejecutivas en el ámbito de conductas restrictivas, se aplicasen las normas de defensa de la competencia con absoluta uniformidad, siendo esta cualidad el elemento que garantiza la unidad del mercado nacional y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

Tras la publicación de la Ley, o incluso antes, conocida la Sentencia del Tribunal Constitucional génesis de la propia Ley, especialistas en defensa de la competencia empezaron a publicar artículos de opinión que valoraban, primero, las consecuencias del fallo del Tribunal y, con posterioridad, los términos de la propia Ley, detectando problemas e indefiniciones que, auguraban, podrían dificultar la aplicación práctica de la misma. Poco a poco se ha ido creando doctrina en torno a la Ley de Coordinación de Competencias.

Transcurridos tres años de la publicación de la Ley 1/2002, y desde luego fuera de la línea doctrinal de los artículos que hasta ahora se han publicado, puede ser momento oportuno para hacer una descripción de cómo ha discurrido la aplicación práctica de esta Ley. Éste es el objeto del artículo, centrado en dos únicos puntos:

- En primer lugar, los mecanismos previstos en la Ley de Coordinación de Competencias que se han visto activados ante la aplicación práctica de la misma, centrando el análisis en aquellos que han podido suscitar cierta indefinición o necesaria interpretación.
- En segundo lugar, los resultados derivados de la aplicación de la Ley.

Es importante señalar que el contenido del artículo es esencialmente descriptivo. No se recogen posibles interpretaciones de dudas, indefiniciones o vacíos normativos detectados por estudiosos del tema.

Además, este ejercicio es necesariamente limitado, puesto que hasta el momento sólo están funcionando los órganos autonómicos competentes en defensa de la competencia⁴ de la Generalidad de Cataluña⁵. En consecuencia, excepción hecha de la celebración del Consejo de Defensa de la Competencia, la aplicación práctica de la Ley se ha traducido en un

⁴ Se presentan como anexo los órganos creados en diversas Comunidades Autónomas, si bien aún (mayo, 2005) no están funcionando.

⁵ Decreto 222/2002, de 27 de agosto, *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña*, núm. 3711, de 2 de septiembre de 2002.

diálogo entre dos Administraciones. Es indudable que si la Ley hubiese iniciado la andadura con 17 órganos autonómicos competentes y activos desde el primer día los problemas hubiesen podido ser distintos.

En esta misma línea, ciertos niveles de coordinación de competencia aún no se han visto activados porque los asuntos que hasta la fecha han surgido no han requerido que así fuese y, por tanto, no se encuentran referencias a los mismos en este artículo, sin que ello signifique valoración alguna sobre los mismos. Especialmente creo de interés señalar que no se ha convocado aún la Junta Consultiva en Materia de Conflictos⁶ (lo que puede interpretarse como signo del acierto de la Ley 1/2002), ni el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) ha comparecido en calidad de interesado en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas⁷.

2. MECANISMOS ACTIVADOS EN APLICACIÓN DE LA LEY 1/2002

A. LOS MECANISMOS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN PREVISTOS EN LA LEY

En primer lugar, parece conveniente presentar, de forma muy esquemática, los mecanismos previstos que posibilitan el desarrollo de las competencias ejecutivas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, con independencia de que en el apartado segundo sean objeto de un análisis pormenorizado y desde la perspectiva de su aplicación en supuestos concretos.

La Ley 1/2002 dispone de distintos mecanismos para la coordinación de la aplicación de la LDC por parte de los distintos órganos administrativos competentes, cuyo objeto es doble: garantizar la seguridad jurídica de los operadores económicos mediante la determinación ágil y clara del órgano competente para resolver y la búsqueda de decisiones coherentes en todo el territorio español y, al mismo tiempo, lograr la máxima eficacia de los órganos administrativos encargados de luchar contra las conductas restrictivas de la competencia y, por tanto, la mejor asignación de los recursos públicos.

Dichos mecanismos pueden ser clasificados en dos grandes grupos. Por una parte, el sistema para la asignación de expedientes basado en los puntos de conexión y el procedimiento de solución de conflictos. Por otra, los distintos instrumentos para la cooperación entre autoridades y la

⁶ Órgano consultivo (art. 3 de la Ley 1/2002) para la resolución de conflictos de atribución de competencias que se susciten entre las distintas Administraciones con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

⁷ Art. 5.tres de la Ley 1/2002.

coordinación de sus decisiones, centrados en intercambios de información, en el Consejo de Defensa de la Competencia y en la participación del Servicio de Defensa de la Competencia en los procedimientos seguidos ante los órganos autonómicos.

Por lo que respecta al sistema de asignación de expedientes, la Ley establece un mecanismo dinámico y equilibrado para que, aplicando los puntos de conexión previstos, y tras una información recíproca y suficiente, se determine en un plazo no superior a quince días el órgano competente para conocer las denuncias, solicitudes de autorización recibidas o las actuaciones practicadas de oficio por cualquiera de los órganos competentes en materia de defensa de la competencia.

De esta manera se efectúa la asignación de los asuntos planteados ante las autoridades competentes, previendo la Ley que, en el supuesto de que surgieran diferencias acerca de quién debe instruir y resolver un determinado procedimiento, la Junta Consultiva en materia de conflictos emita un dictamen no vinculante, valorando la atribución de la competencia del procedimiento de que se trate.

Pero la Ley no sólo prevé la estricta asignación de asuntos entre Administraciones competentes, sino que contempla un escenario mucho más amplio de coordinación para el armónico desarrollo de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En esta línea, se crea el Consejo de Defensa de la Competencia como órgano de participación y colaboración entre autoridades competentes.

Además, se establece un amplio conjunto de mecanismos que aseguran la recíproca información acerca de las conductas restrictivas de la libre competencia de las que puedan tener conocimiento unos u otros órganos competentes, a fin de posibilitar el correspondiente ejercicio de sus funciones.

Por último, y al objeto de garantizar la aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia y, en definitiva, el respeto de los principios de igualdad ante la Ley y unidad del mercado nacional, se legitima al Servicio de Defensa de la Competencia para intervenir en los procedimientos tramitados por los órganos autonómicos como un *amicus curiae* de los mismos.

En este contexto, es preciso señalar los tres ejes esenciales de la propia Ley para que la causa y el objeto de la misma sean los principios rectores en cualquier proceso de aplicación en la práctica:

1. Por una parte, el art. 1 de la Ley 1/2002, que establece los puntos de conexión que permiten delimitar genéricamente el ejercicio de las competencias por parte del Estado y las Comunidades Autónomas, debe presidir y valorarse en todos los procedimientos contemplados en la Ley, aunque su consideración es expresa e imprescindible en lo relativo a la designación de órgano competente.

2. Además, la Ley 1/2002 prevé mecanismos en cierta medida asimétricos, otorgando a los órganos estatales un papel de coordinador y vigilante de la aplicación uniforme de la LDC coherente con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica que, en última instancia, se traduce en la posibilidad de que la Administración General del Estado actúe como parte interesada en todos los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas⁸.

3. Finalmente, la Ley regula niveles de comunicación entre los órganos autonómicos y estatales diferenciados con objetivos distintos, para evitar la duplicidad de procedimientos y una excesiva carga burocrática, limitándose a complementar los procedimientos previstos en la LDC en función de los objetivos que se persiguen.

Con el propósito de presentar de forma gráfica, pero a la vez completa, el contenido de la Ley de Coordinación de Competencias, cabe utilizar el concepto de «comunicación» para englobar cualquier transmisión de información entre distintos órganos, más allá de la notificación formal de actos administrativos, ya que en él tienen cabida todos los procedimientos previstos en la propia Ley, desde la designación de órgano competente, hasta Consejo de Defensa de la Competencia como instrumento destinado a facilitar y promover la aplicación uniforme de la normativa de Defensa de la Competencia, en la medida que todos ellos son expresión de la manifestación de información relevante entre órganos competentes.

Siguiendo este criterio, podemos convenir que la Ley de Coordinación de Competencias establece tres niveles de comunicación, clasificados de mayor a menor grado de regulación explícita en la propia Ley, destinados a tres objetivos distintos que no deben olvidarse a la hora de su aplicación:

1. Nivel de comunicación 1, cuyo objetivo es disponer de la información necesaria y suficiente, así como de los mecanismos de resolución de conflictos que permitan designar órgano competente. Este nivel se concreta en los arts. 2 y 3 de la Ley (este último relativo a la Junta Consultiva en Materia de Conflictos).

2. Nivel de comunicación 2, que persigue promover y facilitar la aplicación uniforme de la legislación de Defensa de la Competencia y se concreta en los apartados 1 (Consejo de Defensa de la Competencia) y 2 del art. 5 de la Ley.

3. Nivel de comunicación 3, cuyo objetivo es procurar y asegurar la aplicación uniforme de la legislación de Defensa de la Competencia, concretándose en los apartados 3 y 4 del art. 5.

En cada uno de los niveles descritos surgen obligaciones de información recíproca destinadas a alcanzar los objetivos que las presiden, y que

⁸ Esta asimetría ha sido objeto de crítica en reiteradas ocasiones, pero está justificada por la función armonizadora que la propia Ley 1/2002 asigna a la Administración General del Estado.

serán distintas en función del papel que los órganos autonómicos competentes o la Administración General del Estado tengan en la consecución de tales objetivos.

B. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS MECANISMOS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN PREVISTOS EN LA LEY

Una vez analizados los mecanismos que la Ley 1/2002 prevé para la aplicación de la LDC por parte de los distintos órganos competentes, pasamos a concretar las obligaciones correspondientes y cuál ha sido su aplicación práctica por parte de los órganos autonómicos en activo y del Servicio de Defensa de la Competencia de la Administración General del Estado.

a) *Por los órganos autonómicos*

En relación con nivel de comunicación 1, el art. 2.1 establece las obligaciones de los órganos de las Comunidades Autónomas:

«1. Las Comunidades Autónomas notificarán⁹ al Servicio de Defensa de la Competencia todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas en aplicación de la presente Ley, así como aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción, de acuerdo con lo establecido en el art. 5.dos. En dicha notificación se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente.

El órgano competente de la Comunidad Autónoma notificante podrá iniciar el procedimiento correspondiente, si en el plazo de quince días el Director del Servicio de Defensa de la Competencia no comunica su opinión en contrario.

Si el Director del Servicio de Defensa de la Competencia considera su competencia la aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, a la conducta notificada, se lo comunicará al órgano notificante.

Se entenderá que el órgano notificante mantiene su competencia si en el plazo de cinco días no remite las actuaciones al Servicio de Defensa de la Competencia.

Si el órgano notificante mantuviese su competencia sobre dicha conducta, el órgano competente de cualquiera de las Administraciones en conflicto solicitará la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos prevista en el art. 3, para que en el plazo de quince días emita su informe.

⁹ *Notificar*: Dar extrajudicialmente, con propósito cierto, noticia de algo. *Derecho*: Comunicar formalmente a su destinatario una resolución administrativa o judicial (Diccionario de la Real Academia Española, 22.ª ed.).

Emitido el informe previsto en el párrafo anterior, en el plazo de diez días se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional».

La aplicación de esta norma ha discurrido sin más inconveniente que la duda, planteada en su momento, en cuanto a la *forma* en que debe plasmarse la obligación de notificar por parte de los órganos de las Comunidades Autónomas.

De la lectura estricta y literal del artículo anterior parece entenderse que las Comunidades Autónomas sólo deberían informar de un hecho. Pero no podemos pararnos en este nivel de comunicación, la lectura de la Ley debe ser conjunta, al objeto de evitar en lo posible contradicciones no deseadas.

Así, si nos trasladamos a lo que hemos catalogado como nivel de comunicación 2, encontramos en el art. 5.dos.a) y c) los procedimientos que vinculan a las Comunidades Autónomas:

«Dos. Con el fin de facilitar la aplicación de la presente Ley, se establecen los siguientes mecanismos de información recíproca:

a) *Las Comunidades Autónomas remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia copia de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas en aplicación de la presente Ley. Asimismo, notificarán al Servicio de Defensa de la Competencia aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción.*

(...)

c) *Cuando la conducta contemplada en los apartados a) y b) haya sido detectada de oficio, la notificación consistirá en una descripción de la conducta detectada, con indicación de las partes, del ámbito al que se extiende y de los motivos que justifican la iniciación del expediente».*

La solución está precisamente en una lectura conjunta, pero no estricta, de ambos artículos, de forma que se pueda concluir que la referencia que en el art. 2.1 se hace del art. 5.dos no tiene porque considerarse exclusivamente relativa a la forma de notificar las conductas detectadas de oficio que detalla el art. 5.dos en su apartado c), sino que es extensiva a todas las notificaciones que hallan de efectuarse desde los órganos autonómicos de comunicaciones tanto en los niveles de comunicación 1 y 2.

El resultado es que desde la Comunidad Autónoma se notifican todas las denuncias y solicitudes de autorización remitiendo copia de ellas y enviando al mismo tiempo nota descriptiva de las mismas según contenido detallado en el art. 5.dos.c) mencionado, así como cuando sea procedente, de las conductas detectadas de oficio, con indicios racionales de infracción.

Aunque por parte de algún autor se han presentado interpretaciones en el sentido de que, en el art. 2.1, los indicios racionales se refieren a las conductas detectadas de oficio, la realidad ha funcionado, de manera natural, interpretando que se refieren a todas las denuncias y solicitudes de autorización. En ocasiones por parte de los particulares se presentan como denuncias asuntos que *prima facie* son simples quejas para las que no es de aplicación la normativa de defensa de la competencia, en cuyo caso parece coherente con el objeto de la propia Ley 1/2002 dejar fuera de su aplicación estos asuntos de contenido ajeno a las materias objeto de la LDC.

Pasando al nivel de comunicación 3, que hemos presentado como destinado a asegurar la aplicación coherente de la LDC, el art. 5.tres, párrafo segundo, establece las obligaciones de los órganos autonómicos de defensa de la competencia:

«Los órganos autonómicos deberán comunicar al Servicio de Defensa de la Competencia los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución que pongan fin al procedimiento, con el fin de que éste pueda ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes».

Esta comunicación se ha venido produciendo, de forma automática, en todos los procedimientos llevados a cabo por los órganos autonómicos, considerando que el objeto de la misma es que la Administración General del Estado pueda ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos, ante las instancias correspondientes.

b) *Por el Servicio de Defensa de la Competencia*

Pasamos a analizar a continuación las obligaciones de comunicación que la Ley 1/2002 establece para el SCD. Se impone igualmente la lectura conjunta y teleológica de las normas relativas a estas obligaciones.

Para analizar los procedimientos establecidos para designar órgano competente, debemos proceder a la lectura detallada del art. 2.2 y 3.

«2. El Servicio de Defensa de la Competencia notificará a los órganos autonómicos correspondientes una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas y de las actuaciones prácticas de oficio; en dicha nota se expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente.

El órgano considerado competente en la nota sucinta remitida por el Servicio de Defensa de la Competencia podrá iniciar el procedimiento si en el plazo de quince días no recibe opinión en contrario de ningún otro órgano que recabe para sí la competencia; a estos efectos, el Servicio de

Defensa de la Competencia dará traslado inmediato, en su caso, de la denuncia o solicitud de autorización singular recibida o de las actuaciones practicadas de oficio.

Si otro órgano autonómico se considera competente en relación con dicha conducta, el Servicio de Defensa de la Competencia o los órganos autonómicos correspondientes solicitarán la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos prevista en el art. 3, para que en plazo de quince días emita su informe.

Emitido el informe previsto en el párrafo anterior, en el plazo de diez días se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

3. Si el Director del Servicio de Defensa de la Competencia considera que la conducta notificada por el órgano competente de una Comunidad Autónoma de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.dos no es de su competencia, sino de la de una Comunidad Autónoma distinta de la notificante, se lo comunicará a los órganos competentes de ambas para que, en su caso, manifiesten o mantengan su competencia sobre dicha conducta en el plazo de quince días.

Si los órganos de ambas Comunidades Autónomas se consideran competentes sobre dicha conducta, el órgano estatal o los órganos competentes de cualquiera de las restantes Administraciones en conflicto solicitará la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos prevista en el art. 3, para que en el plazo de quince días emita su informe».

Ante la lectura estricta de estos apartados del art. 2, la conclusión automática de la mayoría de los autores ha sido considerar que el SCD debería notificar a todos los órganos autonómicos todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas y de las actuaciones practicadas de oficio. La forma que debe tomar esta notificación sería una nota sucinta, cuyo contenido es, cuanto menos, el detallado por la Ley en el ya mencionado art. 5.dos.c).

Sin embargo, a esta conclusión se llega olvidando el término «correspondiente» que en el art. 2 encontramos acompañando a los órganos autonómicos. Se trata de designar cuáles de entre los órganos autonómicos son los correspondientes a cada supuesto.

La clave la encontramos en la propia esencia del término correspondiente, entendido en el sentido de «proporcionado, conveniente, oportuno» y, en consecuencia, es un término relativo que obliga a considerar el contexto, en el que se sitúa el mismo dentro de la norma general. En este sentido, el art. 2 trata de establecer los mecanismos de designación de órgano competente, y para este objetivo hay que remitirse al art. 1, «Puntos de Conexión», y es ahí donde encontramos los principios básicos de correspondencia de competencias. Son estos puntos de conexión los que nos dirán, de forma genérica, cuál debe ser el órgano «correspondiente» a

cada caso concreto, estableciendo la propia Ley a continuación los mecanismos de solución en supuestos de conflicto (art. 2).

En esta interpretación, el SDC notificará, mediante nota sucinta, todas las denuncias, solicitudes de autorización y actuaciones practicadas de oficio, a los órganos autonómicos «correspondientes», es decir, a aquellos seleccionados según el criterio general recogido en los puntos de conexión (art. 1) y propondrá el órgano que considere competente.

Recordemos que el criterio general de la Ley es que la Comunidad Autónoma será competente cuando la conducta afecte¹⁰ sólo y exclusivamente a esa Comunidad Autónoma. Si la conducta afecta (realización y efectos) a más de una Comunidad Autónoma, la competencia es siempre de la Administración General del Estado.

Los conflictos, según esta interpretación, sólo se debían plantear entre una Comunidad Autónoma y el SDC a la hora de interpretar el grado de afectación de una conducta, si una Comunidad argumenta que le afecta sólo y exclusivamente a ella, frente al SDC, que considere que los efectos de la conducta van más allá de la propia Comunidad.

¿Cómo dar entrada al art. 2.2, párrafo 2.º, en el que se contempla la posibilidad de que otro órgano autonómico recabe para sí una competencia?

Se trata de imaginar una situación en que dos Comunidades Autónomas discutan una afectación *en exclusiva*. Sólo se daría en el supuesto, difícilmente imaginable, en que una conducta se realice sólo y exclusivamente en el territorio de una Comunidad, y sus efectos se detecten, sólo y exclusivamente, en el territorio de otra.

Desde esta consideración del término «correspondiente» tiene sentido el nivel de comunicación 2, activado desde el SDC para promover y facilitar la aplicación de la LDC, y recogido en el art. 5.dos.b), c) y d):

«b) *El Servicio de Defensa de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular que reciba y de las actuaciones practicadas de oficio, respecto de las que existan indicios racionales de infracción, que se refieran a conductas que afecten a su respectiva Comunidad Autónoma.*

c) *Cuando la conducta contemplada en los apartados a) y b) haya sido detectada de oficio, la notificación consistirá en una descripción de la conducta detectada, con indicación de las partes, del ámbito al que se extiende y de los motivos que justifican la iniciación del expediente.*

¹⁰ Lo importante para calificar el grado de afectación es considerar la definición que de la misma se recoge en el art. 1, «Puntos de Conexión», y que no se reduce a una interpretación geográfica (territorio), sino que introduce y valora la posible afectación del equilibrio económico nacional, el mercado nacional, las cuotas de mercado «aunque tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma».

d) *El Servicio de Defensa de la Competencia comunicará a los órganos autonómicos correspondientes los expedientes incoados que afecten a su territorio».*

En caso de haber optado por no considerar el término «correspondiente», este nivel de comunicación se presenta como innecesario, porque todas las Comunidades Autónomas dispondrían de la información relativa a todas las denuncias y solicitudes de autorización singular, afecten o no a su respectiva Comunidad.

Pero en la lectura relativa del término, el SDC debe remitir nota sucinta de aquellas denuncias, solicitudes o actuaciones de oficio que «afecten» a la Comunidad Autónoma, pero no de forma exclusiva, ya que de éstas ya conoce en el marco del mecanismo de designación de órgano competente.

Se puede pensar que se está refiriendo a un grado de afectación más extenso, y en conexión con el punto d) del art. 5.dos, así como con en el art. 5.cuatro, interpretar que se refiere a una afectación geográfica, y más concretamente a aquellas «que incidan de forma significativa¹¹ en el territorio de una Comunidad Autónoma» (art. 5.cuatro).

En cuanto al nivel de comunicación 3, para procurar la aplicación uniforme de la LDC, ya se comentó en la introducción que no se han activado los procedimientos recogidos en el art. 5.tres, primer párrafo, y cuatro:

«Tres. Al objeto de procurar la aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas.

Cuatro. El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que le son propias, recabarán de los órganos autonómicos competentes informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de diez días hábiles, en relación con aquellas conductas que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma».

Constituye ésta la función especial y diferenciadora de la Administración General del Estado en el marco de los órganos con competencias ejecutivas en Defensa de la Competencia, en relación con los procedimientos tramitados por los órganos competentes autonómicos. Esta legitimación, como en el actual sistema alemán de competencia, constituye el instrumento de seguridad para evitar diferencias a la hora de la aplicación

¹¹ En este marco sólo queda en la discrecionalidad del SDC, la valoración de «manera significativa». Es coherente, y así viene funcionado, una interpretación amplia del término.

práctica de la normativa de defensa de la competencia, siendo esta uniformidad el elemento indispensable para garantizar la unidad del mercado nacional y la igualdad de todos los operadores económicos para el ejercicio de su actividad.

3. LOS RESULTADOS

Sin olvidar que hasta la fecha y desde la publicación de la Ley 1/2002, sólo han funcionado junto a los órganos de defensa de la competencia de la Administración General del Estado, los correspondientes a la Comunidad Autónoma de Cataluña, se presentan los datos más significativos de la actividad generada por la aplicación de la Ley de Coordinación de Competencias.

— Hasta mayo de 2005 se ha activado el mecanismo de designación de órgano competente siguiendo el procedimiento establecido en el art. 2 de la Ley 1/2002, en 31 ocasiones.

— De éstas, en 21 ocasiones se ha iniciado por los órganos autonómicos, respondiendo en todas ellas a denuncias, excepto en una ocasión correspondiente a una solicitud de autorización.

— Desde la Administración General del Estado se ha iniciado en 10 ocasiones, y también siempre a raíz de denuncias de particulares.

— En todas ellas la propuesta de órgano competente por parte del que inicia el mecanismo de designación ha sido aceptada, razón por la cual no ha sido preciso convocar la Junta Consultiva en Materia de Conflictos. Sólo en dos ocasiones se plantearon dudas previas por ambas Administraciones, y se solventaron en fase preliminar. En un asunto, se convino solicitar ampliación de la información presentada por el interesado, lo cual permitió designar de forma cierta el órgano competente, y, en otra ocasión, la Abogacía del Estado de la Subsecretaría del entonces Ministerio de Economía emitió informe a cerca de determinados elementos procedimentales que fueron suficientes para consensuar la procedencia de la competencia autonómica¹².

— En tres ocasiones el SDC ha sido designado como órgano competente, siendo en las 28 restantes ocasiones la Dirección General de Defensa de la Competencia de Cataluña (DGDCC).

— En una ocasión el SDC, de acuerdo con el art. 5.dos de la Ley 1/2002, ha informado a los órganos autonómicos de una denuncia que se refería a conductas que afectan a esa Comunidad Autónoma de forma significativa. Y, siguiendo lo dispuesto en su párrafo *d*), oportunamente se informó de la incoación del expediente.

¹² La resolución del Tribunal catalán de Defensa de la Competencia (TCDC) de 10 de marzo de 2004 (expediente RC 1/04, Colegio Oficial de Detectives Privados de Cataluña) se produjo tras el recurso de alzada interpuesto por los denunciados que argumentaron incompetencia del órgano emisor, la DGDCC, que había resuelto el archivo de la denuncia.

— Con relación a 18 asuntos, la DGDCC ha comunicado al SDC acuerdos o resoluciones adoptados tanto en fase de instrucción como de resolución que ponían fin a los procedimientos iniciados por esa autoridad (art. 5.tres).

— Fuera del marco del mecanismo de designación de órgano competente, pero expresión igualmente de la coordinación de competencias que contempla la Ley 1/2002, el Consejo de Defensa de la Competencia se ha reunido en pleno (art. 5.uno) en 3 ocasiones¹³, habiéndose adoptado acuerdos que ponen de manifiesto el papel de coordinador entre el Estado y las Comunidades Autónomas para facilitar la aplicación uniforme de la LDC, que la Ley 1/2002 le tiene asignado.

El Consejo se constituyó en la primera reunión con la asistencia de la totalidad de sus miembros, lo cual fue muestra inequívoca del interés que el tema provoca en todas las Administraciones. Se aprobó un Reglamento de Funcionamiento Interno, así como la propuesta de Presidente de la Junta Consultiva en Materia de Conflictos, y en este escenario se presentó en primicia el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia.

4. CONCLUSIÓN

Aunque cabría pensar que tres años de aplicación de una norma son suficientes para poner de manifiesto sus posibles debilidades e imprevisiones, en el caso de la Ley 1/2002 es preciso señalar que la falta de actividad de la gran mayoría de los posibles órganos autonómicos competentes en su aplicación posiblemente ha limitado la experiencia en su aplicación y sólo ha dejado ver una parcela poco representativa de sus presuntas debilidades.

En cualquier caso, y admitida esta limitación, la Ley 1/2002, hasta donde se ha llegado en la aplicación de los procedimientos por ella previstos, ha respondido a la realidad con eficacia y coherencia en mucha mayor medida que la que muchos expertos vaticinaron el día que esta Ley vio la luz.

En efecto, los procedimientos de asignación de competencias se han activado sin problemas y sin necesidad de recurrir a los mecanismos de solución de conflictos, desmintiendo el escenario poco halagüeño que preveían algunos estudiosos. Además, las autoridades competentes han intercambiado información y han cooperado en la aplicación de la Ley. El Consejo de Defensa de la Competencia se ha ido consolidando como foro adecuado para la coordinación de todos los implicados y, aunque la Ley prevé mecanismos más detallados que los existentes en otros países con

¹³ Marzo de 2003, diciembre de 2003 y enero de 2005.

sistemas descentralizados, no parece haber impuesto excesivas cargas burocráticas ni resultado en un retraso de la tramitación de los expedientes.

Quedan mecanismos previstos en la Ley pendientes de activar por primera vez, momento que deberemos esperar para poder calibrar con acierto su propia dimensión y efectos y, por supuesto, quedan abiertas todas las posibilidades para, respetando los principios y límites básicos establecidos en la Ley 1/2002, de Coordinación de Competencias, consensuar todos los mecanismos de comunicación voluntarios que las Administraciones vayan detectando como positivos a lo largo de la aplicación práctica de esta Ley.

También está pendiente que empiecen a funcionar los distintos órganos que se han ido constituyendo en los últimos años, lo que probablemente exigirá un nuevo esfuerzo en la definición de los mecanismos para la puesta en común de la información, la gestión de los expedientes y, sobre todo, la garantía de coherencia en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en todo el territorio nacional. Si a ello sumamos la probable reforma institucional en el ámbito de la Administración General del Estado que se anuncia en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la competencia, resulta claro que la andadura de la Ley 1/2002 no ha hecho sino empezar y que son importantes los retos que se plantean en los próximos años en este ámbito.

En todo caso, es preciso incidir en que la andadura de la aplicación de esta nueva Ley se ha iniciado desde el deseo de todas las Administraciones en juego por lograr un buen resultado y una eficaz aplicación de la misma.

Sin duda, este espíritu de cooperación leal entre todos los agentes con competencias en la materia es clave no sólo para el buen funcionamiento de cualquier mecanismo que previese la Ley, sino para la superación de cualquier limitación o laguna de la misma y, en definitiva, para lograr el objetivo último: un esquema coherente y eficaz para la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia en todo el territorio nacional por parte del órgano administrativo mejor situado para ello.

ANEXO

A. ÓRGANOS COMPETENTES CREADOS Y AÚN NO ACTIVOS EN LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (MAYO, 2005)

— Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Servicio Regional de Defensa de la Competencia (Decreto núm. 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia, *BORM*, núm. 43, de 21 de febrero de 2004).

– *Comunidad Autónoma de Galicia.*

Tribunal y Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (Ley 6/2004, de 12 de julio, Reguladora de los Órganos de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, *DOG*, núm. 141, de 22 de julio de 2004).

Nombramiento del Presidente y Vocales del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (Decreto de 25 de noviembre, *DOG*, de 9 de diciembre de 2004).

– *Comunidad de Madrid.*

Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, *BOCM*, núm. 310, de 30 de diciembre de 2004).

Nombramiento del Presidente (Decreto 41/2005, de 21 de abril, *BOCM*, núm. 97, de 25 de abril de 2005).

– *Comunidad Autónoma de Extremadura.*

Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura (Ley 2/2005, de Creación del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura, *BOAE*, núm. 78, de 7 de julio de 2005).

– *Comunidad Valenciana.*

Servicio de Defensa de la Competencia de la Generalidad Valenciana (Orden de 21 de abril de 2005, por la que se desarrolla el Decreto 112/2003, de 11 de julio, del Consejo de la Generalidad, que aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, *DOGV*, núm. 4995, de 28 de abril de 2005).

– *Comunidad Autónoma del País Vasco.*

Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (Decreto 81/2005 de 12 de abril, de Creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia, *BOPV*, núm. 84, de 6 de junio de 2005).

B. SE AUTORIZA AL GOBIERNO PARA SU CREACIÓN,
O SE ATRIBUYEN LAS COMPETENCIAS A ALGUNA UNIDAD,
SIN QUE SE HAYAN CREADO AÚN LOS ÓRGANOS

– *Islas Baleares.*

Se autoriza al Gobierno de Las Islas Baleares para que pueda crear y regular los órganos de Defensa de la Competencia (Ley 11/2002, de 23

de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, Disposición Adicional quinta, *BOPIB*, núm. 169, de 23 de diciembre de 2002).

— *Canarias.*

Se atribuyen a la Consejería de Economía y Hacienda las competencias que corresponda en materia de Defensa de la Competencia (Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, *BOC*, núm. 34, de 19 de febrero de 2004).

SENTENCIA ALTADIS: EL ELEMENTO INTENCIONAL EN EL TEST DE PRECIOS PREDATORIOS

SIXTOS GARCÍA ARRIAGA

JOSE MARIÁ CASTELLÓ

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

1. INTRODUCCIÓN

La literatura en materia de competencia ha reconocido tradicionalmente el término *predator* para referirse al concepto de precio predatorio, debido a que se presume que, ante precios inusualmente reducidos y que se pagan, debemos incrementar el bienestar del consumidor, sino calificamos como *anticompetitivo* (Sauer, 2007; Franco-Soriano y Arriaga, 1999). La imputación que sobreviene para definirlo reside en que dicho precio puede constituirse un reflejo de competencia inusual en el mercado y, a la vez, reflejar una conducta encaminada a debilitar o eliminar competidores actuales y potenciales con el fin de generar o reforzar un posición de dominio.

Esta última ha implicado durante décadas tanto al mundo académico como profesional y han sido muchos los expertos que han intentado dar respuesta a esta problemática mediante el desarrollo de tests orientados a detectar y probar la existencia de predación. No obstante, a pesar de estos esfuerzos, a día de hoy todavía no disponemos de una prueba de actuación incontestablemente aceptada y de fácil aplicación para expresar estos casos.

Debido a la dificultad intrínseca a la hora de transferir los asuntos de prueba probatorios, las autoridades de competencia son quienes, en virtud de los recursos, necesitan contar con elementos objetivos para poder asegurar de manera fiable y concreta sobre una situación competitiva y cómo que un

¹ Las resoluciones expresadas en este artículo son exclusivamente orientativas. Se encuentran recogidas en la Dirección General de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda. Plena del Consejo de Defensa, Informe Económico y Jurídico, correspondiente al año 2008. <http://www.defensadelacompetencia.gob.es/defensa>.

SENTENCIA ALTADIS: EL ELEMENTO INTENCIONAL EN EL TEST DE PRECIOS PREDATORIOS

Susana GRAU ARNAU

Anna MERINO CASTELLÓ

Direcció General de Defensa de la Competència

Departament d'Economia i Finances

*Generalitat de Catalunya **

1. INTRODUCCIÓN

La literatura en materia de competencia ha recurrido frecuentemente al término paradoja para referirse al concepto de precio predatorio, debido a que sorprende que unos precios anormalmente reducidos y que, *a priori*, deberían incrementar el bienestar del consumidor, sean calificados como anticompetitivos (SANZ, 2000; FERNÁNDEZ DE ARAOZ, 1999). La contradicción que subyace a esta definición radica en que dichos precios pueden considerarse un reflejo de competencia saludable en el mercado y, a su vez, vehicular una estrategia encaminada a debilitar o eliminar competidores actuales y potenciales con el fin de generar o reforzar una posición de dominio.

Este dilema ha intrigado durante décadas tanto al mundo académico como profesional y han sido muchos los expertos que han intentado dar respuesta a esta problemática mediante el desarrollo de tests orientados a detectar y probar la existencia de predación. No obstante, a pesar de esos esfuerzos, a día de hoy todavía no disponemos de una pauta de actuación universalmente aceptada y de fácil aplicación para enjuiciar estos casos.

Debido a la dificultad intrínseca a la hora de tramitar un asunto de precios predatorios, las autoridades de competencia son quienes, de modo más urgente, necesitan contar con criterios objetivos para poder discernir de manera fiable y certera entre una situación competitiva y otra que no

* Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales y no comprometen a la *Direcció General de Defensa de la Competència* del *Departament d'Economia i Finances* de la Generalitat de Catalunya. Susana Grau Arnau es abogado sgraua@gencat.net y Anna Merino Castelló es economista amerino@gencat.net.

lo es; la cuestión no es baladí, ya que en caso de error se podría llegar a prohibir, e incluso sancionar, una conducta competitiva (error falso positivo) o, por el contrario, dejar impune a un predador (error falso negativo) con la alteración que ello provocaría en el mercado.

Ante la necesidad de tramitar las denuncias en materia de estrategias predatorias y el temor de incurrir en errores falsos positivos y negativos, las autoridades de competencia han optado por crear un marco de análisis que tiene en cuenta un conjunto heterogéneo de elementos, entre ellos, el elemento subjetivo o intencional, al que dedicamos una mención especial en este artículo.

En el ámbito de competencia español, la necesidad de prueba de este elemento ha resultado especialmente reforzada a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo por la que se resuelve el Asunto Altadis¹. Esta Sentencia constituye un magnífico referente tanto por tratarse de un asunto resuelto en una fecha próxima en el tiempo como por haber sido en este caso, más que en ningún otro, donde se ha revelado la gran importancia del elemento intencional de este tipo de injusto.

La exigencia adicional de prueba de este elemento intencional complica a la vez que restringe la probabilidad de acreditar la existencia de precios predatorios, circunstancia que persigue minimizar los errores falsos positivos; llegados a este punto, deberíamos detenernos y plantearnos un viaje de ida y vuelta a las teorías de la Escuela de Chicago.

Este artículo reflexiona sobre la complejidad de los tests de los precios predatorios y sus consecuencias en el ámbito de defensa de la competencia. Su estructura es la que sigue: la Sección 2 introduce el concepto de estrategia predatoria desde el punto de vista de las autoridades de competencia; la Sección 3 presenta la evolución de la doctrina y la jurisprudencia de los tests de precios predatorios desarrollados por cada corriente de pensamiento; la Sección 4 recoge resumidamente el test de precios predatorios adoptado por la Comisión Europea y el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC); la Sección 5 propone una amplia reflexión sobre la importancia del elemento intencional en el test de precios predatorios y, finalmente, la Sección 6 concluye.

2. PREDACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE COMPETENCIA

Así como el deber de las autoridades de competencia es perseguir aquellas prácticas que tengan por objeto o efecto restringir el funcionamiento concurrencial del mercado haciendo uso de los instrumentos legales y económicos de los que disponen, el objetivo de las empresas es

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 (RJ 2004\8177).

maximizar sus beneficios mediante la elección de una estrategia competitiva que les ayude a construir cierta ventaja frente a sus competidores y obtener, como consecuencia, un mejor posicionamiento de sus productos; para ello, los gestores cuentan con un conjunto de variables tácticas de las que valerse según sean las condiciones de competencia en el mercado (M. PORTER, 2004).

Aunque entre estas variables encontramos la publicidad y la promoción, la calidad y la innovación, no podemos obviar que el precio es uno de los factores estratégicos más relevantes de los que disponen las empresas para competir y, precisamente por ello, no nos debe sorprender el diferente uso que de ellos se haga. Así pues, en ciertas ocasiones, las empresas pueden optar por una reducción de sus precios si identifican presiones competitivas en su entorno o, de lo contrario, por un incremento de los mismos si el posicionamiento de sus productos se lo permite. En palabras del Abogado General Fennelly en el Asunto *Compagnie Maritime Belge*²:

«Price competition is the essence of free and open competition. It favours more efficient firms and it is for the benefit of consumers both in the short and the long run. Dominant firms not only have the right but should be encouraged to compete on price.»

No obstante, como variable estratégica que es, las autoridades de competencia deben estar alerta a las oscilaciones de los precios, especialmente en aquellos sectores más proclives a presentar problemas de competencia, con el objeto de identificar o bien precios sospechosamente elevados que pueden ser, por ejemplo, indicativos de un excesivo poder de mercado o resultado de colusión, o bien precios anormalmente reducidos que no serían justificables por la estructura de costes de la empresa en cuestión. En este último caso, aunque dichos precios pueden considerarse un reflejo de competencia saludable en el mercado, también pueden esconder una estrategia anticompetitiva encaminada a generar o reforzar una posición de dominio.

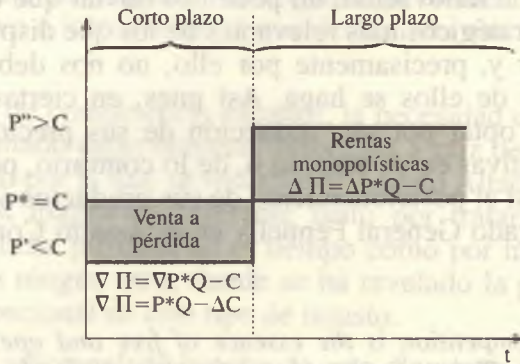
Es precisamente en este momento cuando se abusa de un factor estratégico con la intención de distorsionar el correcto funcionamiento del mercado, que se traspasa el umbral de licitud y se incurre en una práctica susceptible de ser analizada por las autoridades de competencia. Por tanto, una estrategia que *a priori* goza de presunción de legalidad será calificada de predatoria cuando uno de los operadores que actúa en el mercado incurre deliberadamente en unas pérdidas a corto plazo con la intención de eliminar o debilitar uno o varios competidores para, así, incrementar su poder de mercado y poder fijar, a largo plazo y de forma sostenida,

² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2000 por la que se resuelven los asuntos C-395 y C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge* y otros c. Comisión Europea; Consideraciones del Abogado General Fennelly.

unos precios más elevados que le concedan rentas monopolísticas. Por su condicionante temporal, podría considerarse un juego en dos etapas claramente diferenciadas tal y como muestra la Ilustración 1.

ILUSTRACIÓN 1

PATRÓN DE BENEFICIOS DE UN AGENTE PREDADOR



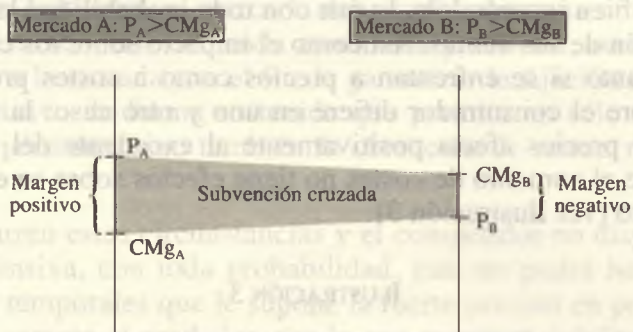
A. CORTO PLAZO: ¿COMPETENCIA O PREDACIÓN?

Desde un punto de vista teórico existen dos palancas que pueden provocar la pérdida en el corto plazo: (i) una fijación de los precios por debajo de determinado coste (∇P) o (ii) un gasto excesivo en variables estratégicas de mercado (ΔC). En ambos casos, el supuesto predador debe disponer de una serie de avales para que su estrategia sea factible y verosímil, entre ellos, suficiente capacidad financiera para aguantar las pérdidas durante un período limitado de tiempo, exceso de capacidad productiva para hacer frente a un previsible incremento de la demanda y cierta presencia en el mercado para que sus actuaciones tengan impacto en consumidores y competidores.

Cuando un operador fija un precio por debajo de determinado coste, sea el coste marginal (CMg) u otra *proxy*, nos encontramos ante una situación de venta a pérdida que, aunque *a priori* pueda resultar irracional, no lo es si persigue la exclusión o debilitamiento de competidores actuales o potenciales. Este tipo de predación únicamente tendrá éxito en mercados donde los consumidores sean suficientemente sensibles al precio y, por tanto, estén dispuestos a cambiar de proveedor cuando el precio de mercado se modifique; de lo contrario, la estrategia de precios predatorios podría darse por fracasada. Adicionalmente, del análisis de la jurisprudencia se desprende que los precios predatorios normalmente se enmarcan en un entorno de subvenciones cruzadas donde las empresas gozan de posición de dominio y actúan en más de un mercado conexo (ver Ilustración 2).

ILUSTRACIÓN 2

PRECIOS PREDATORIOS Y SUBVENCIONES CRUZADAS



La predación no basada en precios o *raising rivals' costs* consiste en aquel comportamiento estratégico diseñado para elevar los costes de uno o varios competidores en el corto plazo a partir del incremento de los costes del supuesto predador para así, en el futuro, disminuir la competencia y poder fijar unos precios supracompetitivos. Las formas más comunes son aquellas en las que se utiliza la publicidad y los gastos promocionales, la innovación —incluyendo la excesiva variación de productos— el aumento desmesurado de servicios de diversos tipos no repercutidos en los precios —lo que se denomina gastos predatorios— y, finalmente, la contratación de personal de una empresa competidora con finalidad predatoria. Este tipo de predación será más habitual en mercados diferenciados donde el precio no es la única variable de competencia.

La teoría de los *raising rivals' costs* se inició con los autores SALOP y SCHEFFMAN en la década de los ochenta³ a raíz de la resolución de los casos de la Federal Trade Commission (FTC) en esta materia. En particular, destacan el Asunto Kellogg Company, en el que se acusó a dicha compañía, junto con otras empresas dominantes del mercado, de invertir desmesuradamente en publicidad y otros gastos predatorios con la intención de excluir del mercado a pequeñas empresas; el Asunto DuPont, en el que se juzga a esta empresa por predación basada en exceso de capacidad, y, finalmente, el Asunto General Foods Corporation referente a la predación basada en precio y publicidad (SCHEFFMAN, 2003)⁴.

Por tanto, en el corto plazo, se inicia una estrategia predatoria cuando un operador se autoimpone unas pérdidas fijando un precio por debajo de

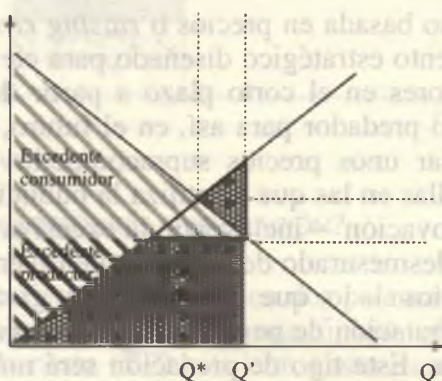
³ En el año 1980, Steven SALOP utilizó este concepto en una conferencia en la Federal Trade Comisión (FTC) con el título «Strategy, Predation and Antitrust Analysis» que marcó claramente el inicio de una nueva línea de trabajo.

⁴ Kellogg Company, General Mills Inc and General Foods Corporation, 8883 FTC (enero de 1982); E. I. DuPont de Nemours & Company, 9108 FTC (octubre de 1980) y General Foods Corporation, 9085 FTC (enero de 1982).

un determinado coste o incrementando excesivamente los gastos; ello obliga a los competidores que actúan en el mismo mercado a reaccionar, o bien imitando la estrategia y, por tanto, reduciendo precios o aumentando costes, o bien ignorándola, lo que con toda probabilidad le comportará una reducción de sus ventas. Así como el impacto sobre los competidores es similar tanto si se enfrentan a precios como a costes predatorios, el impacto sobre el consumidor difiere en uno y otro caso: la disminución temporal de precios afecta positivamente al excedente del consumidor, mientras que el aumento de costes no tiene efectos sobre su excedente en el corto plazo (ver Ilustración 3).

ILUSTRACIÓN 3

PRECIOS PREDATORIOS A CORTO PLAZO



Toda estrategia predatoria suele tener apariencia competitiva, lo que dificulta enormemente su detección; esta dificultad se hace más evidente en la predación no basada en precio, ya que es factible que ésta se manifieste de forma muy sofisticada a través de numerosas variables. La disyuntiva entre licitud e ilicitud desaparece en el momento que la estrategia predatoria tiene éxito y provoca los efectos anticompetitivos perseguidos por el predador.

B. LARGO PLAZO: ¿ÉXITO O FRACASO?

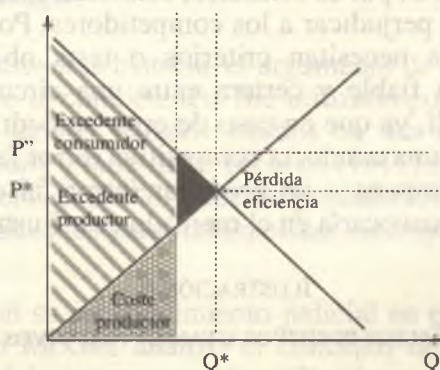
Que las empresas utilicen todos sus recursos para competir no debe, por regla general, alertar a las autoridades de competencia, sin embargo, sí deben preocuparse cuando dichas variables son empleadas con el objeto y efecto de perjudicar al resto de operadores, ya sea mediante la creación de una barrera a la entrada o provocando la exclusión de los competidores existentes en el mercado.

Para que una estrategia de estas características genere o refuerce una posición de dominio y, consecuentemente, pueda considerarse exitosa, es necesario que las condiciones de mercado jueguen a favor del predador. En particular, el mercado debe contar con una oferta relativamente concentrada, una demanda atomizada y elástica, así como elevadas barreras a la entrada con el fin de garantizar la fijación de un precio supracompetitivo de forma sostenida que permita no sólo la recuperación de las pérdidas, sino también la obtención de rentas monopolísticas.

Si concurren estas circunstancias y el competidor no dispone de una política defensiva, con toda probabilidad, éste no podrá hacer frente a las pérdidas temporales que le supone la fuerte presión en precios y costes a que le somete el predador, por lo que resultará debilitado o expulsado del mercado. Es en este momento cuando el predador se encuentra en disposición de fijar un precio supracompetitivo e incrementar su excedente en perjuicio del excedente del consumidor, generando una pérdida de eficiencia característica de una situación monopolística (ver Ilustración 4).

ILUSTRACIÓN 4

PRECIOS PREDATORIOS A LARGO PLAZO



En resumen, los efectos de los precios predatorios repercuten tanto sobre el supuesto predador como sobre competidores y consumidores, siendo dichos impactos de signo contrario según el momento temporal, en el que nos fijemos. Por ello, en el corto plazo, los precios predatorios pueden incluso presentar una apariencia competitiva, ya que incrementan el excedente del consumidor y no es hasta el largo plazo cuando se evidencian los efectos anticompetitivos de los mismos tal y como muestra la Ilustración 5.

ILUSTRACIÓN 5
EFECTOS DE LOS PRECIOS PREDATORIOS

	Corto plazo: Precio < coste	Largo plazo: Precio > coste
Predador	Pérdidas sostenidas	Recuperación de pérdidas y beneficios supra-competitivos
Competidor	Imitar estrategia o perder negocio ⇒ pérdidas sostenidas	Eliminación del mercado
Consumidor	Ganancias temporales de excedente	Pérdida de excedente

3. TEST DE PRECIOS PREDATORIOS: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Las características anteriormente descritas de los precios predatorios nos llevan a una situación paradójica debido a la estrecha línea que separa una conducta anticompetitiva de otra basada en méritos empresariales; es más, unos precios bajos pueden o bien ser reflejo de una fuerte competencia en el mercado o, por el contrario, constituir una estrategia predatoria con intención de perjudicar a los competidores. Por ello, las autoridades de competencia necesitan criterios o tests objetivos para poder discernir de manera fiable y certera entre una circunstancia u otra; la cuestión no es baladí, ya que en caso de error se podría llegar a prohibir, e incluso sancionar, una conducta competitiva (error falso positivo) o, por el contrario, dejar impune a un predador (error falso negativo), con la alteración que ello provocaría en el mercado (ver Ilustración 6).

ILUSTRACIÓN 6
FALSOS POSITIVOS Y FALSOS NEGATIVOS

		Ilegales	Legales
Beneficio o para la competencia	Dañino para la competencia	Casos que condenan correctamente prácticas anticompetitivas	Casos que falsamente absuelven prácticas anticompetitivas FALSOS NEGATIVOS
	Beneficio para la competencia	Casos que falsamente condenan prácticas procompetitivas FALSOS POSITIVOS	Casos que falsamente absuelven prácticas anticompetitivas

Este carácter ambivalente de los precios predatorios ha llevado a los expertos en competencia, tanto del mundo académico como profesional, ha preocuparse sobremanera de los falsos positivos o negativos, circunstancia que ha propiciado la aparición de pautas que buscan minimizar la probabilidad de incurrir en este tipo de errores. Estos criterios han ido evolucionando sin que todavía exista un claro consenso sobre cuál de ellos proporciona mayor seguridad jurídica, aunque es unánime la apreciación sobre la importancia del análisis legal y económico.

A. DOCTRINA DE LOS PRECIOS PREDATORIOS

En las últimas décadas, en Estados Unidos, han proliferado las publicaciones académicas sobre los tests de precios predatorios y *raising rivals' costs* que recogen las principales corrientes de pensamiento y que han tenido su impacto en los Tribunales. En cambio, en Europa, la doctrina sobre esta materia no ha sido tan prolija y hemos tenido que esperar a la resolución de casos relevantes sobre precios predatorios para obtener el posicionamiento de la Comisión Europea al respecto. En cualquier caso, se aprecia una clara influencia entre doctrina y jurisprudencia de ambos lados del Atlántico (BARTHEL, 2002).

a) *Escuela de Chicago*

Si nos remontamos a la historia, el argumento de predación como elemento restrictivo de la competencia fue utilizado por primera vez por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en sus Resoluciones contra Standard Oil Company y American Tobacco (1911) en las que esa instancia judicial consideraba que los precios predatorios habían sido uno de los instrumentos utilizados para monopolizar los respectivos mercados de referencia⁵.

Aunque tuvieron su reconocimiento judicial en ese momento, no fue hasta 1958 cuando MCGEE analizó el concepto desde una perspectiva económica y criticó la argumentación utilizada en el caso Standard Oil Company basándose en el principio que una estrategia predatoria llevada a cabo por una empresa con posición de dominio no resulta económicamente racional (MOTTA, 2004).

La teoría de MCGEE fue el punto de partida de la Escuela de Chicago, que entendía que los precios predatorios, infrecuentes en el mundo empresarial, deberían ser legales *per se* por dos motivos esenciales: (i) las eficiencias que pueden generar y (ii) la imposibilidad que empresas con

⁵ Estados Unidos *c.* American Tobacco Co (1911), y Standard Oil Co of New Jersey *c.* Estados Unidos (1911).

poder de mercado tengan incentivos a usar prácticas predatorias para mejorar su posición (*teoremas de imposibilidad*). Precisamente para evitar el riesgo de caer en falsos positivos o falsos negativos, la Escuela de Chicago postuló la *teoría de la no teoría*, entendida como aquella que considera más apropiado no desarrollar regla específica alguna para la detección de precios predatorios (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1997, y BARTHEL, 2002).

b) *Post-Chicago*

Para reanudar la discusión sobre la racionalidad de los precios predatorios, debemos esperar a la publicación del artículo de AREEDA y TURNER (1975), en el que se propone un test que presume que precios inferiores al coste marginal a corto plazo deberían ser considerados predatorios. Aunque estos autores coinciden con la Escuela de Chicago en la apreciación que dicha política de precios no será habitual debido a su falta de rentabilidad, dieron un giro copernicano al superar la *teoría de la no teoría* y proponer una regla para evitar que estas actuaciones quedaran impunes.

La contribución de AREEDA y TURNER fue doble. Por un lado, aportaron una pauta de trabajo objetiva que fue ampliamente utilizada por los Tribunales americanos y las autoridades europeas de competencia llegando a considerarse en su momento el test estándar de precios predatorios. Por otro, despertó el interés de los expertos, propiciando críticas que contribuirían a la aparición de numerosos tests alternativos.

Así pues, POSNER (1981) introduce un test más restrictivo caracterizado por los costes marginales a largo plazo y considera que precios inferiores a este valor de referencia sólo serán anticompetitivos si van acompañados de la intención de eliminar a un competidor.

Como alternativa a los test de costes, surge el test de razonabilidad (*rule of reason*) que trata de obtener evidencia predatoria a partir de la información de mercado disponible, rechazando la idea de detectarla en base a una única referencia de costes. Es entonces cuando empiezan a aplicarse las teorías modernas de organización industrial y teoría de juegos y se formulan los «*teoremas de posibilidad*» entrando de lleno en la etapa post-Chicago.

SCHERER (1976) fue pionero en proponer un amplio rango de pruebas para identificar una estrategia predatoria incluyendo un análisis histórico y económico en profundidad además de poner énfasis a la intencionalidad y efectos de la misma y quitándole, de este modo, importancia al test de costes. Aunque esta aproximación puede reducir los falsos positivos y falsos negativos, se trata de un test complejo donde se maneja mucha información que no siempre va a poder ser evaluada por las autoridades de competencia ni por los operadores del mercado.

JOSKOW y KLEVORICH (1979) dan un paso más sugiriendo un test en dos etapas que incorpora aspectos de las reglas definidas hasta ese momento: en una primera fase, se desarrolla un análisis estructural del mercado donde se valora la cuota de participación del supuesto predador, las barreras a la entrada y la dinámica competitiva del mismo; únicamente si se considera que la predación es viable y no existe una explicación alternativa razonable, se procederá a realizar el test de precios y costes: (i) precios por debajo del coste variable medio se consideraran predatorios; (ii) precios entre el coste variable medio y el coste total medio se presumirán predatorios si van acompañados de intencionalidad; y (iii) precios por encima del coste total medio se beneficiarán de una presunción de legalidad.

En 1992, AREEDA y TURNER se sumaron a la nueva tendencia que marcaron los teoremas de posibilidad y modificaron su test original para incorporar otros factores de análisis como: condiciones de mercado, características del supuesto predador y capacidad de recuperación de pérdidas.

Finalmente, consideramos oportuno mencionar la propuesta del juez EASTERBROOK (1989) apuntada en el caso *Poultry Farms c. Rose Acre*⁶: en su opinión, la prueba más concluyente de la existencia de precios predatorios la constituye la posibilidad de recuperación de pérdidas y, por ello, centra todos sus esfuerzos en dicha prueba; por su simplicidad, podría considerarse una reminiscencia de la teoría de la Escuela de Chicago.

c) *Neo-Chicago*

EVANS y PADILLA (2005) realizan una nueva aproximación para valorar si una empresa está llevando a cabo prácticas unilaterales anticompetitivas o, por el contrario, tremendamente competitivas tomando prestado el concepto de eficiencia propio de la Escuela de Chicago y las teorías de organización industrial y teoría de juegos desarrolladas por la Escuela post-Chicago durante más de dos décadas. Para ello, proponen un test estructurado en dos etapas: (i) formular presunciones acerca del coste y la probabilidad de incurrir en errores resultantes de condenar prácticas que incrementan el bienestar (falsos positivos) o condonar situaciones anticompetitivas (falsos negativos) utilizando la teoría económica y la evidencia empírica; y (ii) crear una norma legal, que fundada en dichas presunciones, minimice los costes de incurrir en falsos positivos y negativos.

De esta forma, se conseguiría un cierto equilibrio, puesto que se evitaría que las empresas llevaran a cabo conductas anticompetitivas si la política de competencia fuera demasiado blanda y que se desanimaran de realizar prácticas procompetitivas si ésta resulta demasiado estricta.

⁶ A. A. *Poultry Farms Inc. c. Rose Acre Farms Inc.* (1989).

A lo largo de estas últimas décadas, se han desarrollado una gran multitud de tests que se han ido retroalimentando y construyendo a base de argumentos cumulativos (ver Ilustración 7). Con el test de razonabilidad de Scherer, el número de elementos probatorios a tener en cuenta se incrementó considerablemente, ya que se superaron los teoremas de imposibilidad de la Escuela de Chicago y se dio entrada a las teoría de organización industrial y teoría de juegos dificultando su aplicación. Debemos esperar a la aproximación neo-Chicago para encontrar una norma legal que racionalice los esfuerzos de detectar estas prácticas anticompetitivas.

ILUSTRACIÓN 7
TESTS DE PRECIOS PREDATORIOS

Escuela de Chicago	McGree (1958)	Teoría de la no teoría: eficiencias + teorema imposibilidad
	Areeda y Turner (1975)	Test de coste marginal a corto plazo
	Posner (1981)	Test de coste marginal a largo plazo
Escuela Post-Chicago	Scherer (1976)	Test de razonabilidad
	Joskow y Klevorich (1979)	Test estructural
	Areeda y Turner (1992)	Test de coste marginal a corto plazo + test estructural
Escuela Neo-Chicago	Easterbrook (1989)	Test de recuperación de pérdidas
	Padilla y Evans (2005)	Test de errores: eficiencia + teorema posibilidad

B. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

La praxis de la competencia requiere de un test de precios predatorios suficientemente objetivo, fiable y de fácil aplicación y, por este motivo, los Tribunales se han visto empujados a recurrir a los tests proporcionados por la doctrina. Ello ha propiciado una simbiosis entre doctrina y jurisprudencia en materia de precios predatorios; en otras palabras, ambas se han retroalimentando y evolucionado a la par.

Con anterioridad al test de AREEDA y TURNER (1975), la intención eliminadora constituía el elemento esencial de prueba como lo acreditan los casos pioneros de Standard Oil Company y American Tobacco (1911) y el caso posterior de Utah Pie c. Continental Baking (1967) donde se establece el test de la doble inferencia para precios predatorios: el intento predatorio se puede inferir de los precios inferiores al coste y el daño a la competencia se infiere, a la vez, del intento predatorio⁷.

⁷ Utah Pie Co. c. Continental Baking Co., 386 us 685 (1967).

No será hasta el caso de *Barry Wright c. Grinnell Corp.* (1983) cuando nos encontremos con una aplicación pura del test de *AREEDA* y *TURNER*; a partir de ese momento, este test fue ampliamente utilizado por los Tribunales de apelación como elemento de prueba aunque en determinados casos se pueden observar importantes variaciones del mismo (*HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*, 1997)⁸.

Entre los expertos en materia de competencia, se anhelaba la resolución de un caso importante, en el que el Tribunal Supremo pudiera establecer una guía de análisis que sirviera de referente para el diagnóstico de precios predatorios. Sin embargo, los siguientes asuntos de los que conoció esa alta instancia judicial, *Matsushita* (1986) y *Cargill Inc.* (1986)⁹ no permitieron tal pronunciamiento; es más, el Tribunal Supremo se mostró escéptico a considerar los precios predatorios como una realidad en el mundo empresarial y, aunque no estableció un modelo claro de análisis, parece que se inclinaba por el método de precios y costes.

Tendremos que esperar al año 1993 con la resolución del caso *Brooke* para conseguir del Tribunal Supremo un escenario de análisis exhaustivo¹⁰. En particular, esta Sentencia enfatiza el análisis económico y, además del test de costes, toma en consideración el test de recuperación de pérdidas de *EasterBrook*, así como la importancia de la estructura de mercado. Por todo ello, se desprende que este pronunciamiento se enmarca en el test estructural de *JOSKOW* y *KLEVORICH*.

Una de las principales conclusiones que se pueden extraer de la jurisprudencia americana es que existe cierta tendencia a considerar que los precios predatorios constituyen una práctica poco habitual en el mundo empresarial, hecho que provoca ciertas reticencias a la hora de penalizar por este tipo de ilícito. Aun así, los Tribunales americanos, en el momento de enjuiciar estos casos, aplican básicamente el análisis de precios y costes juntamente con la posibilidad de recuperación económica del presunto predator. En cuanto a la prueba de intencionalidad, se considera demasiado amplia y ambigua y, por ello, su aplicación en los Tribunales se encuentra en franco retroceso. En resumen, el análisis utilizado por los Tribunales americanos es prominentemente económico, hecho que le convierte en una metodología relativamente estricta que conduce a cierta permisividad.

En el ámbito comunitario, la aparición de un caso relevante de precios predatorios surge en 1991 con la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) en el Asunto *Akzo*¹¹. En el mismo, tanto la Comisión Europea como el TJCE asumen el test estructural de *JOSKOW* y *KLEVORICH* y añaden como factor adicional de análisis

⁸ *Barry Wright c. ITT Grinnell Corp.* 724 F. 2d 227 (1983).

⁹ *Matsushita Electric Industrial Co. c. Zenith Radio Corp.*, 457 us 576 (1986) y *Cargill Inc. c. Monfort of Colorado Inc.*, 479 us 104 (1986).

¹⁰ *Brooke Group Ltd. c. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 us 224 (1993).

¹¹ Asunto C-62/86, *Akzo Chemie BV c. Comisión* (1991).

el elemento intencional. Este análisis se conocería a partir de ese momento como el test de AKZO y fue confirmado por otros pronunciamientos posteriores del mismo Tribunal, la Sentencia Tetrapack c. Comisión y Compagnie Maritime Belge c. Comisión¹².

Sin embargo, este test no es apropiado para enjuiciar prácticas predatorias supuestamente llevadas a cabo por operadores con posición de dominio que actúan en mercados desregulados y que aplican subvenciones cruzadas para financiarlas. Sin ir más lejos, la Comisión, en los casos Deutsche Post y Wanadoo¹³, se apartó del criterio empleado en Akzo para introducir un nuevo test basado en costes incrementales. Este nuevo test se fundamenta en la diferenciación entre los *incremental costs* (costes vinculados a la prestación de un determinado servicio) y los *stand-alone costs* (costes que no son imputables exclusivamente a un servicio) (BENEYTO PÉREZ, 2005).

En conclusión, la principal diferencia entre la jurisprudencia americana y europea se centra en la prueba de intencionalidad de eliminar o debilitar a la competencia. Así como en los Tribunales americanos no se considera este factor como determinante, las autoridades europeas de competencia inciden sobremanera en la necesidad de prueba del elemento intencional (ver Ilustración 8).

ILUSTRACIÓN 8

JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PRECIOS PREDATORIOS

Jurisprudencia americana	Standard Oil y American Tobacco (1911)	Elemento intencional
	Utah Pie (1967)	Test de doble inferencia
	Barry Wright (1983)	Test de Areeda y Turner
	Matsushita (1986) y Cargill Inc (1986)	Excepción + test de costes
	Brooke (1993)	Test estructural (Joslow y Klevorich)
Jurisprudencia europea	Akzo (1991)	Test estructural (Joslow y Klevorich) + intencionalidad
	Tetrapack (1996)	Test estructural (Joslow y Klevorich) + intencionalidad
	Compagnie Maritime Belge (2000)	Test estructural (Joslow y Klevorich) + intencionalidad
	Deutsche Post (2003) y Wanadoo (2003)	Test de costes incrementales

¹² Asunto C-333/94P, Tetra Pack Internacional, S. A., c. Comisión (1996) y Asuntos C-395 y C396/96P, Compagnie Maritime Belge y otros c. Comisión (2000).

¹³ Asunto COMP/35.141 — Deutsche Post AG de 20 de marzo de 2001 y Asunto COMP/ 38.233 — , Wanadoo Interactive, de 16 de julio de 2003.

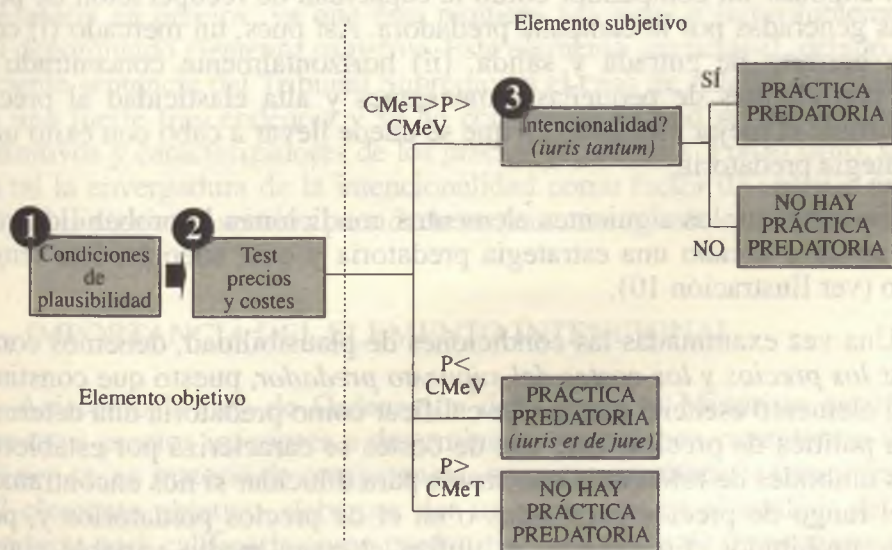
4. UN TEST PARA PRECIOS PREDATORIOS

Tal y como se ha expuesto en la sección anterior, la dificultad de detección y prueba de los precios predatorios ha propiciado la aparición de numerosas teorías que intentan solucionar esta problemática, así como diferentes aplicaciones de las mismas. Las autoridades europeas de competencia, ante la necesidad de tramitar las denuncias en materia de precios predatorios, han optado por crear un marco de análisis que recoge algunos de los elementos de prueba aportados por la doctrina. En el caso de España, los órganos de competencia se han visto muy influenciados por el precedente comunitario, hecho que ha provocado que a la hora de enjuiciar este tipo de asuntos se tenga en cuenta un conjunto heterogéneo de elementos.

Basándonos en la jurisprudencia comunitaria y española, podríamos afirmar que el test de precios predatorios se configura en dos etapas: la primera de ellas, caracterizada por el examen del denominado *elemento objetivo*, esto es, la prueba del establecimiento de unos precios inferiores a determinado coste de referencia bajo ciertas condiciones de plausibilidad, y, la segunda etapa, concretada en la acreditación del *elemento subjetivo* que responde a la intencionalidad de excluir o debilitar uno o varios competidores. Para ilustrar este test, a continuación, presentamos un esquema de trabajo donde, a partir de un árbol de decisión se especifican los pasos a seguir para la detección de una conducta predatoria (ver Ilustración 9).

ILUSTRACIÓN 9

TEST DE PRECIOS PREDATORIOS



El análisis del *elemento objetivo* comprende tanto la valoración de las condiciones de plausibilidad como la comparación de los precios y costes del supuesto predador. En cuanto a las *condiciones de plausibilidad*, entendidas como aquellas circunstancias exógenas a la conducta que repercuten directamente sobre ciertos aspectos de la misma, conviene evaluar tanto (i) las características del operador que se ve involucrado en este tipo de comportamiento como (ii) la estructura de mercado, en el que se desarrolla la supuesta práctica.

El análisis de las mismas deviene vital para poder juzgar si una política de precios predatorios puede ser calificada, de una parte, (i) como viable y verosímil, en el sentido de que constituya una amenaza real para los competidores [*Prob(existencia de predación)*], y, de otra, (ii) como exitosa, es decir, que permita no sólo recuperar las pérdidas incurridas en el corto plazo, sino también imponer, posteriormente y de forma sostenida, un precio supracompetitivo [*Prob(éxito)*]. La apreciación de la medida en la que concurren estos factores configura el denominado «*análisis de plausibilidad de la conducta predatoria*».

Las *características del agente predador* condicionan la probabilidad que la estrategia predatoria sea viable, ya que para desempeñar una campaña de este tipo resulta necesario que el agente disponga de: (i) capacidad financiera para soportar las pérdidas durante un período corto de tiempo; (ii) cierta presencia en el mercado que asegure que esa política de precios va a tener su repercusión en consumidores y competidores; (iii) comportamiento ágil e independiente que proporcione flexibilidad en la toma de decisiones; y (iv) suficiente capacidad productiva que permita asumir el previsible incremento de demanda.

La *estructura de mercado* condiciona tanto la probabilidad de debilitar o expulsar un competidor como la capacidad de recuperación de pérdidas generadas por la campaña predatoria. Así pues, un mercado (i) con altas barreras de entrada y salida, (ii) horizontalmente concentrado y (iii) con clientes de pequeñas dimensiones y alta elasticidad al precio constituye el mejor escenario en que se puede llevar a cabo con éxito una estrategia predatoria.

En resumen, los siguientes elementos condicionan la probabilidad de que se lleve a cabo una estrategia predatoria y que, además, ésta tenga éxito (ver Ilustración 10).

Una vez examinadas las condiciones de plausibilidad, debemos comparar *los precios y los costes del supuesto predador*, puesto que constituye el elemento esencial para poder calificar como predatoria una determinada política de precios. Este test de costes se caracteriza por establecer unos umbrales de referencia que sirven para dilucidar si nos encontramos en el rango de precios permitidos o en el de precios predatorios y, por tanto, prohibidos. En general, se utiliza el coste medio variable como

ILUSTRACIÓN 10

CONDICIONES DE PLAUSIBILIDAD

		Probabilidad que se lleve a cabo una estrategia predatoria
Características agente predator	Capacidad financiera (<i>deep pocket</i>)	+
	Capacidad productiva ociosa	+
	Poder de mercado	+
	Independencia y agilidad en la toma de decisiones	+
		Probabilidad de éxito de una estrategia predatoria
Condiciones de mercado	Barreras a la entrada/salida altas	+
	Oferta concentrada	+
	Demanda elástica y atomizada	+

aproximación del coste marginal a corto plazo aunque en aquellos mercados desregulados o con economías de red donde normalmente encontramos empresas con posición de dominio que practican subvenciones cruzadas se acude a los costes incrementales.

Finalmente, no podemos olvidar que el elemento objetivo es condición necesaria pero no suficiente para acreditar la existencia de una conducta predatoria en precios, ya que ésta requiere adicional e indisolublemente del denominado *elemento subjetivo*. Este elemento intencional, debido a la reciente sentencia del Tribunal Supremo en el caso de Altadis, ha adquirido una fuerte trascendencia y se ha convertido en uno de los elementos distintivos y caracterizadores de los precios predatorios. Por lo tanto, siendo tal la envergadura de la intencionalidad como factor de análisis reservamos la siguiente sección para darle un tratamiento más exhaustivo.

5. IMPORTANCIA DEL ELEMENTO INTENCIONAL

Así como la Ley de Ordenación del Comercio Minorista establece que unos precios inferiores a determinado coste deben considerarse ilícitos *per se*, en materia de competencia, una vez acreditada la concurrencia del elemento objetivo, debemos dar un paso más en el análisis de una conducta para calificarla como predatoria; esto es, ha de investigarse cuál

es el propósito que empuja al supuesto agente predador a llevar a cabo una campaña de precios no rentable en términos económicos¹⁴.

Aunque la intencionalidad ha sido uno de los elementos sobre los que la doctrina más ha reflexionado, tradicionalmente, no ha existido consenso a la hora de determinar el papel que juega como factor de análisis de una estrategia predatoria (SANZ, 2000; FERNÁNDEZ DE ARAOZ, 1999). No obstante, el sentido de retomar ahora esta discusión tiene su causa más inmediata en la Sentencia Altadis, referente al asunto de los precios predatorios de los cigarros «Farias», en la que el Tribunal Supremo ha reforzado la necesidad de analizar este elemento subjetivo: «*Resulta así que en el concepto de precio predatorio, el elemento verdaderamente distintivo y que configura la conducta predatoria es la intención de eliminar a un competidor; intención que, en un supuesto, se presume iuris et de iure y, en otro, ha de probarse*»¹⁵.

Ya en la emblemática Sentencia Akzo c. Comisión del TJCE, de 3 de junio de 1991, se incorpora la intencionalidad como premisa necesaria para constatar la existencia de precios predatorios, exigencia que se confirma por otro pronunciamiento insignia posterior del mismo Tribunal, la sentencia Tetra Pack c. Comisión¹⁶. En el ámbito estatal, el TDC ha hecho suya la necesidad de comprobar cuál es el ánimo del supuesto predador en sus resoluciones sobre precios predatorios, como más significativas destacan las de BT/Telefónica y Tabacos de Canarias, esta última recientemente revocada por el Tribunal Supremo¹⁷.

De estos pronunciamientos judiciales, se puede afirmar que el elemento subjetivo se constituye en función de la voluntad del operador en la comisión del tipo objetivo de la infracción, por lo cual puede abarcar un abanico muy amplio de posibilidades, siendo la más leve aquella que resulta de la simple negligencia y siendo la más grave aquella que se desprende de una conducta intencional y voluntaria que implica la concurrencia de dolo.

En materia de precios predatorios, la concreción de ese elemento intencional se puede materializar de diferentes modos, sin ánimo de ser exhaustivos, cabe pensar en: (i) expulsar a los competidores del mercado; (ii) dejar a los competidores suficientemente castigados a fin que abandonen su comportamiento competitivo que está perjudicando al predador y

¹⁴ Ley 7/1996, de 15 enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE, núm. 15, de 17 de enero).

¹⁵ Referencia Aranzadi RJ 2004\8177. Fundamento Jurídico Séptimo.

¹⁶ Por la que se resolvió el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 6 de octubre de 1994 del Tribunal de Primera Instancia (TPI), en que se confirmaba la decisión de la Comisión de considerar que en el caso concreto se había producido un abuso de posición de dominio por el establecimiento de precios predatorios. Tanto la sentencia del TPI como la del TJCE recogen este elemento intencional.

¹⁷ Resolución de 21 de enero de 1999 (exp. núm. 412/97, Asunto BT/Telefónica) y Resolución de 26 de febrero de 1999 (exp. núm. 375/96, Asunto Tabacos de Canarias).

que, en el fondo, ha provocado que éste acuda a la predación para mejorar su posición en el mercado; (iii) disciplinar el mercado, en el sentido de lanzar amenazas o advertencias creíbles que demuestren al resto de operadores el poder de mercado del que goza el predador; (iv) impedir la consolidación de nuevos operadores; (v) desincentivar la entrada de potenciales competidores, etc.¹⁸

Identificado ese afán último del agente predador, no podemos olvidar que en el ámbito de las intencionalidades resulta, como mínimo, complicado demostrar que el operador impuso esos precios, inferiores a determinado coste de referencia y no fundados en una mayor eficiencia empresarial, regido por la pretensión de excluir a los competidores de manera voluntaria y consciente.

Esta dificultad de prueba del elemento subjetivo ha sido reconocida por el propio Tribunal Supremo en el mencionado Asunto Altadis, en concreto, la alta instancia judicial ha establecido: «*En este ámbito hay que señalar que el convencimiento de la existencia del elemento subjetivo, primordial en la calificación de la conducta predatoria, que ya señalamos que era la intención de excluir al competidor, dada su dificultad de expresión (...) tendrá que venir determinado por aquellos datos objetivos que efectivamente revelen esta intencionalidad, precisamente por la dificultad de deducir de la conducta este elemento subjetivo*»¹⁹.

A pesar de dicha dificultad, hemos de ser conscientes de que la constatación de la culpabilidad no nos tiene que exigir la prueba imposible que el operador tenía el propósito de vulnerar la normativa, máxime cuando este elemento culpabilístico se puede inferir racionalmente de ciertos elementos más o menos objetivos²⁰.

En este sentido, en la Sentencia Akzo, el TJCE ofrece una pauta caracterizada por relacionar la necesidad de probar explícitamente esa intencionalidad con el test de precios y costes de AREEDA y TURNER, de tal manera que se trata de discernir en qué casos es necesario probar la intencionalidad (*iuris tantum*) y en qué otros se puede dar por supuesta (*iures et de iure*). En aquellos supuestos en los que el precio se sitúa entre el coste medio variable (CMeV) y el coste medio total (CMeT), la exigencia de una mayor o menor carga probatoria dependerá del tipo de coste que cubre dicho precio (ver Ilustración 11):

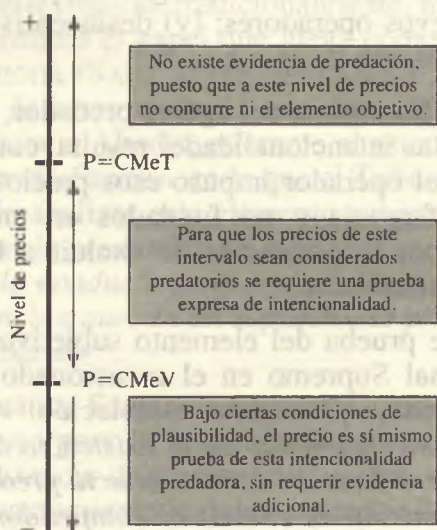
¹⁸ Vistos los diferentes modos en que es factible que se concrete ese propósito, debemos formular una advertencia metodológica, que no es otra que: cuando, en este comentario, hagamos referencia a este elemento intencional o subjetivo de los precios predatorios, para simplificar la explicación haremos una mención genérica a la voluntad de excluir y perjudicar a los competidores aunque, tal y como se detallado, detrás de estos conceptos exista un elenco muy variado de situaciones.

¹⁹ Fundamento Jurídico Décimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8177).

²⁰ Esta doctrina es confirmada, tanto por el TPI como por el TJCE, en el Asunto Tetra Pack y asumida por el TDC en sus Asuntos BT/Telefónica y Tabacos de Canarias.

ILUSTRACIÓN 11

TEST DE INTENCIONALIDAD



En concreto, si el precio se sitúa por debajo del CMeV, éste constituye por sí mismo evidencia de dicha intencionalidad sin requerirse elemento de prueba adicional; ya que en opinión del TJCE, una empresa dominante no tiene ningún interés de aplicar tales precios que generan pérdidas en cada unidad producida, a no ser que se trate de eliminar a un competidor. Así pues, en este nivel de precios, la actividad probatoria va a ser muy escasa, puesto que el precio en sí mismo, *iures et de iure*, lleva implícita esa intencionalidad.

Por lo contrario, si el precio se encuentra en el intervalo comprendido entre el CMeV y el CMeT existe una presunción *iuris tantum* de predación, hecho que provoca que esa presunción deba acompañarse de una actividad probatoria intensa, puesto que el precio *per se* no acredita intencionalidad. En particular, en ese rango de precios, a medida que éstos se vayan acercando al CMeT, la actividad probatoria suplementaria debe ser cada vez más abundante e irrefutable, puesto que los precios evidencian en menor medida ese propósito predatorio.

A. PRUEBA ADICIONAL: CUANDO EL PRECIO NO ES EVIDENCIA SUFICIENTE DE PREDACIÓN

En aquellos casos en los que el precio no constituye evidencia suficiente de dicha intencionalidad es necesario acudir a elementos de prueba adicionales ya sean pruebas directas o indirectas.

La *prueba directa* implica la constatación empírica del objetivo de excluir o perjudicar a un competidor y se fundamenta en la verificación inmediata de esa voluntad por cualquier medio: la correspondencia interna de una empresa, cartas a un competidor, un memorandum donde se establezca cierta política de precios o cualquier otra manifestación en que se deje constancia expresa de esa intencionalidad.

Llegados a este punto, debemos hacer un alto y reflexionar sobre la altísima improbabilidad de disponer de una prueba directa de esas características, ya sea por su propia inexistencia o, en caso de existir, por no localizarla. La falta de prueba directa no nos debe conducir a la impunidad de esa conducta anticompetitiva, sino que surge la posibilidad de acudir a las *pruebas indirectas*, entendidas como aquellas que se fundamentan en indicios o presunciones. En este sentido, la utilización de la prueba de presunciones en el ámbito del Derecho de la competencia ha sido aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹.

Teniendo en cuenta que la necesidad de recurrir a esta prueba de presunciones será relativamente frecuente, parece oportuno intentar preestablecer un test que proporcione indicios, más o menos, claros de cuál ha sido el propósito del presunto predador. En concreto, debemos identificar factores relativos tanto al propio predador como a terceros, que puedan ayudarnos a obtener elementos de juicio sobre la existencia o no de intencionalidad predatoria (ver, de llevarla a cabo, Ilustración 12).

Respecto el *supuesto predador* deberíamos analizar factores como: (i) la evolución de los precios para comprobar si se produce una disminución en el corto plazo, así como un posterior incremento sostenido en el tiempo; (ii) la dinámica de la cuota de participación para verificar si tras la estrategia ha incrementado su presencia en el mercado; (iii) el patrón típico de beneficios de una estrategia predatoria; (iv) la duración, la constancia y la amplitud de la campaña; y (v) determinar si el establecimiento de estos precios se combina con otras medidas igualmente orientadas a expulsar o alejar del mercado a competidores existentes o potenciales.

Adicionalmente, del análisis del *comportamiento del resto de operadores* en el mercado también puede deducirse la evidencia de esa intención predatoria. En particular, resulta pertinente llevar a cabo un doble

²¹ No sólo es que haya sido admitida, sino que, en su Sentencia de 15 de julio de 2002 (RJ 2003\2320) ha establecido literalmente: «Es preciso resaltar que estas pruebas —refiriéndose a las indiciarias— tienen una mayor operatividad en el campo de la defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de los actos colusorios dejarán pruebas documentales de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda». A nuestro juicio, este razonamiento es válido para todo tipo de actos o conductas anticompetitivas, no únicamente para hallar la evidencia de los actos colusorios. Ver las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: 31 de marzo de 2005 (RJ 2005\2736), 9 de junio de 2003 (RJ 2003\6409), 6 de marzo de 2000 (RJ 2000\7048) y 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8648).

examen. De una parte, se trata de determinar cuál es la situación de los *competidores actuales*, si han desaparecido y/o se han visto perjudicados o, por lo contrario, se han mantenido o, incluso, evolucionado positivamente. Una buena medida de ello resultaría de comprobar qué ha sucedido con sus precios, beneficios y cuota de mercado. A fin que las conclusiones de este tipo de análisis sean realmente fidedignas, debemos prestar especial atención a lo sucedido a los operadores que actúan de forma eficiente, puesto que de la expulsión o perjuicio a competidores ineficientes no podemos extraer conclusiones precisas, ya que la desaparición se puede deber tanto a su propia ineficiencia como al resultado de una acción predatoria²².

De otra, debe comprobarse qué ha ocurrido con los *competidores potenciales*, es decir, analizar si en el mercado de referencia se ha producido la entrada de nuevos agentes. En el caso que se demuestre que no ha aparecido algún nuevo operador no puede concluirse directamente la existencia de intencionalidad predatoria, sino que debe ponderarse en qué medida contribuyen a esa situación tanto las barreras de entrada estructurales como las de carácter coyuntural como lo puede ser la práctica predatoria o la amenaza de llevarla a cabo.

ILUSTRACIÓN 12

FACTORES QUE PUEDEN EVIDENCIAR PREDACIÓN

Predador	Competidores
<ul style="list-style-type: none"> • evolución de los precios • dinámica de la cuota de mercado • patrón típico de beneficios de una estrategia predatoria • duración, constancia y amplitud de la campaña predatoria • combinación con otras medidas igualmente orientadas a expulsar o alejar del mercado a los competidores 	<ul style="list-style-type: none"> • ¿cuál es la situación de los competidores actuales?, ¿han desaparecido y/o se han visto perjudicados o, por lo contrario, se han mantenido o, incluso, evolucionando positivamente? • ¿qué ha sucedido con los potenciales entrantes?, ¿han entrado nuevos operadores en el mercado? En caso negativo, ¿en qué medida ello puede deberse a una política de precios predatorios?

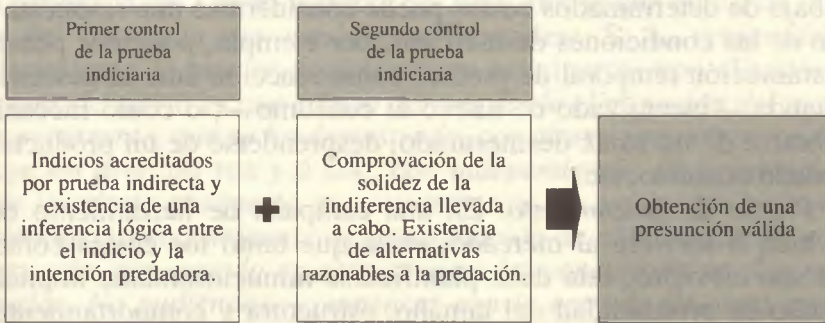
Gracias a estos factores objetivos, se puede llegar a un razonable conocimiento sobre si existe o no una determinada voluntad en la forma de actuar del supuesto predador. No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo, la identificación de esos elementos objetivos constituye únicamente el punto de partida para acreditar la intencionalidad, ya que, para obtener conclusiones

²² Si bien es cierto que, tanto en los Asuntos Azko o Tetra Pack del TJCE como en el de BT/Telefónica del TDC se hizo referencia genérica a la eliminación o perjuicio de competidores, sin distinguir en función de su nivel de eficiencia; el TDC sí que ha recogido la distinción entre eliminar a competidores eficientes de los que no lo son en su resolución de Tabacos de Canarias.

válidas, se requiere un cierto rigor metodológico concretado en la superación de dos tipos de controles de prueba diferentes (ver Ilustración 13).

ILUSTRACIÓN 13

CONTROL DE LA PRUEBA INDICIARIA



El «*primer control de la prueba indiciaria*» pasa por aplicar a los indicadores de carácter objetivo que se acaban de apuntar una metodología caracterizada por el cumplimiento cumulativo de dos condiciones: (i) esos indicios han de quedar acreditados mediante prueba directa y, adicionalmente, (ii) debe existir una inferencia lógica entre éstos y la intención predatora; es decir, debe explicitarse el razonamiento completo del nexo causal existente entre el indicio y la conclusión que se pretende probar²³. La aplicación de esta metodología nos ofrece una presunción fundamentada y, en principio, diferenciada de la mera sospecha.

A pesar de ello, no sería aconsejable conformarnos única y exclusivamente con el amparo que nos proporciona la aplicación de esa metodología, sino que debemos ser más rigurosos; para ello aplicaremos el test de razonabilidad o «*segundo control de la prueba indiciaria*», que no consiste en nada más que vigilar la corrección y oportunidad del nexo causal establecido entre el indicio y la conclusión obtenida.

Se trata de comprobar la solidez de la inferencia llevada a cabo, tanto desde el punto de vista de la lógica —demostrando la coherencia en el razonamiento utilizado en la inferencia— como de la suficiencia —evidenciando que esa inferencia no es débil, esto es, ni de carácter excesivamente abierto ni indeterminado—. En este extremo, debemos ser especialmente exigentes y cautelosos, puesto que si la inferencia es ilógica o tan abierta que en su seno cabe una pluralidad de conclusiones alternativas, ninguna de ellas puede considerarse probada.

²³ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias núms. 174/1985 (RJ 1985\174), 175/1985 (RJ 1985\175), 51/1988 (RJ 1988\51), 137/1988 (RJ 1988\137) y 229/1988 (RJ 1988\229).

En el caso concreto de los precios predatorios, la implementación de ese test de razonabilidad pasa por verificar si existen alternativas razonables que justifiquen la venta por debajo de determinado coste y que no impliquen una estrategia encaminada a eliminar o perjudicar competidores. Entre ellas, podemos pensar en:

— *Cambios en las condiciones de mercado*: Una política de precios por debajo de determinados costes puede considerarse una respuesta a un cambio de las condiciones de mercado, por ejemplo, podemos pensar en una disminución temporal de precios como reacción ante el descenso de la demanda —incentivado de nuevo al consumo—; o como mecanismo para librarse de un *stock* desmesurado, desprenderse de un producto que ha quedado obsoleto, etc.

— *Precio de lanzamiento*: En una campaña de lanzamiento de un nuevo bien o servicio al mercado, en la que tanto los costes como los riesgos son elevados, ésta debe planificarse minuciosamente implicando un estudio en profundidad del tamaño, estructura y comportamiento del mercado, el posicionamiento planeado para el producto, las ventas previstas, el precio asignado y el método de distribución, entre otros factores. Por ese motivo, un plan de *marketing* orientado al lanzamiento de un nuevo producto puede optar por el establecimiento de unos precios anormalmente reducidos como técnica de penetración en el mercado.

— *Curva de aprendizaje*. A medida que una empresa acumula experiencia en la producción existe la oportunidad de reducir sus costes, es lo que se conoce como *learnig by doing*: cuanto más produce una empresa, más aprende a hacerlo de forma eficiente. La concreción de esa experiencia pasa por la especialización del trabajo, la mejora del equipo y proceso, la utilización de nuevos materiales, el rediseño de productos... Este factor permite maximizar la eficiencia, posibilitando la reducción de costes y, en última instancia, el descenso de precios.

Estos elementos, entre otros, pueden aportar justificaciones alternativas razonables a la predación, por lo tanto, siempre que, en esta materia, nos valgamos de una prueba de presunciones deberemos confirmar el resultado obtenido mediante el test de razonabilidad. Este «segundo control de la prueba indiciaria» tiene como objetivo evitar incurrir en el error de los falsos positivos, esto es, situaciones en que a pesar de su posible apariencia predatoria no subyace tal intención, puesto que tienen su propia justificación ajena al fantasma de la predación.

B. EL ELEMENTO INTENCIONAL EN LA SENTENCIA ALTADIS

Llegados a este punto, sería conveniente comprobar cómo se ha aplicado la prueba de presunciones para tratar de acreditar la concurrencia de intencionalidad en un caso de precios predatorios, para ello, tomamos como referencia el caso Altadis. La elección de este asunto no es casual,

sino que responde al hecho de que constituye un magnífico referente tanto por tratarse de un asunto que ha sido resuelto en una fecha próxima en el tiempo como porque ha sido en este caso, más que en ningún otro, donde se ha revelado la gran importancia del elemento subjetivo en este tipo de injusto.

En particular, la Audiencia Nacional, en el Fundamento Jurídico sexto de su Sentencia de 2 de noviembre de 2001, por la que confirma la resolución del TDC en la que considera a Tabacalera, S. A., responsable del establecimiento de precios predatorios en los cigarros tipo «Farias» establece que *«lo cierto es que concurrió una doble eliminación del mercado por la recurrente, que se ha demostrado, constituye una competencia que infringe los arts: 86 TUE y 6 LDC, con independencia de la intencionalidad de la misma porque lo que cuentan son los resultados bastando la creación de riesgo inminente de una situación de eliminación de competidores, más aún cuando en este caso se ha concretado en dos marcas contrarias. No pudiéndose compensar con la entrada de otros competidores o con la pérdida de cuota de mercado posterior y el correlativo incremento en otras marcas de la competencia, como pretende la parte actora. En consecuencia procede confirmar el Acuerdo recurrido»*.

Así pues, en esta Sentencia se aplica el «primer control de la prueba indiciaria» de manera parcial, puesto que únicamente se aborda el primer paso de esta metodología, es decir, exclusivamente se hace referencia al indicio demostrado por prueba directa —a saber, la eliminación de dos competidores— pero no explicita la inferencia lógica entre éste y la intención predatoria. A pesar de ello, la Audiencia Nacional considera acreditada la existencia de intencionalidad de Tabacalera, S. A., y, por lo tanto, la entiende culpable de haber impuesto precios predatorios.

Posteriormente, cuando el Tribunal Supremo conoce del asunto, señala que el Tribunal de instancia ha prescindido del análisis de la intencionalidad, en concreto, establece en su fundamento jurídico séptimo, que: *«desde esta perspectiva hemos de entender que la sentencia impugnada (...) desliga la existencia de la conducta predatoria de cualquier intencionalidad, quedándose simplemente en el hecho objetivo de la eliminación de dos competidores»*.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, lleva a cabo el análisis de intencionalidad siguiendo la sistemática que anteriormente se ha expuesto, concluyendo que *«todos estos datos, en comparación con los anteriores, no nos permiten eliminar toda duda razonable de que la intencionalidad de Tabacalera, S. A., fuese la de excluir a los competidores del mercado, que es la característica definitoria de la conducta predatoria y no que, efectivamente, respondiera a una competencia agresiva o incluso de minimización de pérdidas»*.

En resumen, al aplicar el segundo control de la prueba indiciaria resulta que la conclusión de la existencia de intencionalidad no se puede

extraer de modo fiable en tanto que no ha desaparecido toda duda razonable de existencia de otras explicaciones alternativas. De tal modo que, al no obtener una prueba indiciaria válida que pueda ser considerada de cargo respecto de la intencionalidad, el Tribunal Supremo debe casar la sentencia de la Audiencia Nacional.

6. CONCLUSIONES

No resultaría osado afirmar que la Sentencia Altadis ha marcado un punto de no retorno en el análisis del elemento intencional: si hasta ahora las autoridades de competencia trataban de pasar de puntillas sobre la prueba del elemento subjetivo, la situación ha cambiado radicalmente, puesto que con este pronunciamiento se incorpora un test de intencionalidad *ad hoc* dentro del test de precios predatorios.

Si ya, tradicionalmente, los casos en materia de predación resultaban tediosos a la vez que estimulantes por su dificultad de detección y prueba, ahora, bajo el nuevo escenario proporcionado por la Sentencia Altadis, la instrucción y resolución de dichos asuntos se complica enormemente debido a la introducción del mencionado test de intencionalidad en aquellas situaciones en las que el precio se encuentra entre el coste total medio y el coste variable medio.

Por tanto, no es de extrañar que tanto autoridades de competencia como expertos profesionales hayan recibido esta sentencia con cierto temor y respeto, por la extremada preponderancia que se le reconoce al elemento intencional y por sus previsibles consecuencias en el momento de enjuiciar una práctica de estas características. Parece obvio que la complejidad de dicho test puede traducirse en un incremento de la permisibilidad debido a la dificultad inherente al mismo.

Ante este nuevo panorama, parecería lícito cuestionarse sobre la aplicación de la inducción hacia atrás del test de precios predatorios, es decir, si la intencionalidad es un elemento de prueba imprescindible, ¿no deberíamos iniciar el análisis por el test de intencionalidad? No obstante, la experiencia nos revela que si no se cumplen las condiciones de plausibilidad, la estrategia predatoria no será exitosa y, por tanto, raramente generará efectos anticompetitivos; entonces, ¿deberíamos iniciar el análisis por las condiciones de plausibilidad? Adicionalmente, resulta indubitado que el test costes conforma la piedra angular en el análisis de precios predatorios, entonces ¿debemos centrarnos principalmente en dicho test?

Todo nos empuja a pensar que la única respuesta posible a nuestras preguntas pasa por realizar el test de precios predatorios en su globalidad, es decir, analizar las condiciones de plausibilidad, precios y costes e intencionalidad de manera cumulativa. Todos podríamos convenir que aplicar el test en su integridad implica un esfuerzo ingente y desmesura-

do, más si tenemos en cuenta la gran cantidad de información y variables que deben manejarse y el cúmulo de condiciones que deben cumplirse; por ello, no sería de extrañar que en la mayoría de casos no se pueda demostrar de forma concluyente una conducta predatoria. Buena prueba de ello la constituye el caso Altadis.

Probablemente, el fin último que persigue un test de esta magnitud es minimizar la probabilidad de incurrir en falsos positivos, circunstancia deseable para el mercado, puesto que, de esta manera, las empresas no se desincentivan a competir en precios; sin embargo, minimizar esta probabilidad puede incrementar la de incurrir en falsos negativos. Como autoridades de defensa de la competencia, ¿qué preferimos? Si realmente queremos evitar los falsos positivos, quizás nos deberíamos plantear volver a la *teoría de la no teoría* de la Escuela de Chicago o a la teoría de Easterbrook de capacidad de recuperación de pérdidas en lugar de sofisticar sobremanera un test que originalmente fue concebido como una herramienta objetiva, transparente y de fácil aplicación para autoridades de competencia y operadores del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, P., y TURNER, D. F. (1975), «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act», *Harvard Law Review*, 697.
- (1992), «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act», *Harvard Law Review*, 697.
- BARTHEL, C. (2002), *Predatory Pricing Polic under EC and US Law*, Faculty of Law, University of Lund.
- BENEYTO, J. M. (dir.), y MAILLO, J. (coord.), *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*. vol. 3, Bosch, 2005.
- EVANS, D. S., y Padilla, A. J. (2005), «Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: a Neo-Chicago Approach», *University of Chicago Law Review*, vol. 72.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (1999), «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los Asuntos BT/Telefónica y Tabacos de Canarias», *Gaceta Jurídica*, núm. 201.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (1997), *Precios predatorios y derecho antitrust*, Monografías jurídicas, Marcial Pons.
- MCGEE, J. (1958), «Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case», *Journal of Law and Economics*, 137.
- MOTTA, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- PORTER, M. E. (2004), *Competitive Strategy*, Simon & Schuster Intl. Group, New York.
- POSNER, R. A. (1981), *Antitrust Law: An Economic Perspective*, St. Paul, Minnesota.

- SALOP, S., y SCHEFFMAN, D. A. (1983), «Raising rivals costs», *American Economic Review*, vol. 73 (2).
- SANZ SANZ, I. (2000), «Análisis de las resoluciones relativas a precios predatorios», *Anuario de Competencia 2000*, Fundación ICO y Marcial Pons, pp. 259-281.
- SCHEFFMAN, D. A., y HIGGINS, R. S. (2003), «20 Years of Raising Rivals' Costs: History, Assessment and Future», *George Mason Law Review*.
- SCHERER, F. M. (1976), «Predatory Pricing and the Sherman Act: a Comment», *Harvard Law Review*, núm. 89.

LA NOCIÓN DE ACUERDO Y PRÁCTICA CONCERTADA TRAS EL ASUNTO BAYER ADALAT

LUIS F. SOUTO SOUBRIER *

Instituto Universitario Europeo
Florencia, Italia

1. INTRODUCCIÓN

La noción de acuerdo y práctica concertada es crucial para la definición de la línea divisoria entre conductas colusorias (enjuiciables bajo los arts. 81 TCE y 1 LEDC) y prácticas unilaterales (sólo sujetas a los arts. 82 TCE y 6 LEDC). En este contexto, el Asunto Bayer Adalat tiene una enorme trascendencia respecto a las relaciones verticales entre operadores económicos no pertenecientes a una misma unidad económica. El propósito del presente trabajo es esclarecer cuáles son los límites del concepto de «acuerdo»¹ requeridos para la aplicación del art. 81 TCE tras el Asunto Adalat². Para ello, esta exposición se divide en cuatro secciones principales, además de la introducción y las consideraciones finales. En primer lugar, se hará una síntesis del Asunto Adalat, incluyendo los hechos que dieron lugar a la disputa entre Bayer y sus distribuidores, y del fallo en ambas instancias del TJCE. En segundo lugar, se analizarán a un nivel teórico y de forma sistemática los distintos elementos necesarios para la existencia de un acuerdo. Complementariamente, bajo esta segunda sección, se comentará también la distribución de la carga de la prueba y el concepto de reserva mental. En tercer lugar se pasará revista a los principales precedentes jurisprudenciales. Por último, se extraerán de estos casos los criterios invocados estableciendo la existencia o no de relaciones de necesidad y/o suficiencia respecto a los elementos constitutivos de un acuerdo previamente identificados.

* Agradezco a Ian S. Forrester, Santiago Martínez Lage y Mel Marquis su amabilidad al leer y comentar versiones previas de este artículo. Por supuesto, me corresponde de forma íntegra la responsabilidad por las opiniones expresadas y cualesquiera errores residuales. Artículo basado en la ponencia presentada en el II Congreso de Derecho y Economía de la Competencia, celebrado el 24 de septiembre de 2004 en la Universidad Antonio de Nebrija (Madrid, España).

2. EL ASUNTO ADALAT

Entre 1989 y 1993 los precios fijados por las autoridades sanitarias españolas y francesas para el medicamento «Adalat» eran un 40 por 100 más bajos que los establecidos en el Reino Unido³. Los importadores paralelos explotaron esta disparidad comprando partidas de los productos españoles «Adalat» y «Adalat-Retard» (a partir de 1989) y del francés «Adalate 20 mg LP» (desde 1991) para después venderlas en el Reino Unido. El resultado fue que el volumen de negocio de la filial de Bayer en el Reino Unido cayó a la mitad, generando a su vez importantes pérdidas al Grupo Bayer. Dada la imposibilidad de subir sus precios para «Adalat» en España y Francia, Bayer contraatacó restringiendo el suministro a los mayoristas españoles y franceses a la que se consideraba era la cifra correspondiente a las necesidades tradicionales de sus respectivos mercados nacionales. Los mayoristas protestaron ante la Comisión Europea argumentando que la nueva política de suministros de Bayer equivalía a una prohibición de exportación contraria al art. 81. En 1996 la Comisión adoptó una decisión que condenaba las prácticas de Bayer, imponiéndole una multa de tres millones de euros. Sin embargo, Bayer recurrió argumentando el carácter unilateral de su conducta y consiguió persuadir al Presidente del Tribunal de Primera Instancia⁴ (TPI) para que suspendiese la decisión de la Comisión y al propio TPI para que la revocase⁵. Posteriormente, siguiendo la opinión del Abogado General Tizza-

¹ A lo largo de este trabajo el término «acuerdo» se usará en un sentido amplio, abarcando las diversas formas de colusión posibles. Por tanto, al igual que JAKOBSEN y BROBERG, no entraré a discutir la diferencia entre acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas. P. S. JAKOBSEN y M. BROBERG, «The Concept of Agreement in Article 81 EC: On the Manufacturer's Right to Prevent Parallel Trade within the European Community», *ECLR*, 2002, p. 127.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de enero de 2004, Asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión c. Bayer AG (Adalat), pendiente de recopilación.

³ Decisión 96/478/CEE de la Comisión, de 10 de enero de 1996 (IV/34.279, Adalat), *DOCE*, L 201/1, de 9 de agosto de 1996, p. 31.

⁴ Ver Auto del Presidente del TPI de 3 de junio de 1996, en el Asunto T-41/96 R, Bayer AG c. Comisión, *DOCE*, C 210/17, de 20 de julio de 1996, *Rec.*, 1996, p. II-381.

⁵ Sentencia del TPI de 26 de octubre de 2000, Asunto T-41/96, Bayer AG c. Comisión (Adalat), *Rec.*, 2000 p. II-3383. A título de ejemplo, sobre este caso se pueden ver los comentarios de M. JEPHCOT, «Commentary on Case T-41/96 Bayer AG v. Commission», 2001, *ECLR*, p. 469; H. H. LIDGARD, «Unilateral Refusal to Supply: An Agreement in Disguise», 1997, *ECLR*, p. 352; S. MARTÍNEZ LAGE, «La desacralización del comercio paralelo», *Gaceta Jurídica*, 211, 2001, pp. 9-10; M. ARAUJO BOYD, «Libre circulación de mercancías y productos farmacéuticos. La batalla interminable», *Gaceta Jurídica*, 201, 1999, p. 68; A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «El injustificado comercio paralelo de medicamentos de precio intervenido», *Gaceta Jurídica*, 201, 1999, p. 74; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, «Importaciones paralelas de productos farmacéuticos y Derecho de la competencia. Comentario a la Sentencia del TPI de 26 de octubre de 2000», *Noticias de la UE*, 201, 1999, p. 99; A. RUIZ VILLANUEVA, «El comercio paralelo de productos farmacéuticos. Especial referencia al caso Bayer Adalat», *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, 20, 2003, p. 9, (disponible en <http://www.nebrija.com>). Ver también F. DÍEZ ESTELLA, *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, Cívitas, 2003, pp. 199 ss.

no⁶, el Tribunal de Justicia confirmó la posición del TPI⁷. Tal solución ha sido interpretada por la industria farmacéutica como una «gran victoria»⁸ que releva a los fabricantes no dominantes de la obligación de «suministrar a la totalidad del mercado único desde el Estado miembro cuyo precio regulado para el producto en cuestión sea el más bajo»⁹. La cuestión legal clave en este litigio radica en considerar si la conducta del fabricante es simplemente unilateral y, por tanto, está sujeta únicamente al art. 82, o si, por el contrario, el comportamiento de Bayer en conexión con el de sus mayoristas equivale a un acuerdo que ha de ser examinado conforme a lo previsto en el art. 81.

En su decisión, la Comisión encuentra probada la existencia de un acuerdo, siguiendo un elaborado proceso de argumentación en dos vertientes. Primero, Bayer Francia y Bayer España han impuesto a los mayoristas una prohibición de exportación. Dicha afirmación está basada en la presencia de dos elementos: (i) un sistema para detectar las fugas en el sistema de distribución, y (ii) la aplicación efectiva de sanciones, a través de reducciones en el suministro, a los mayoristas que contribuyan al tráfico en paralelo¹⁰. Segundo, la Comisión argumenta que la imposición de tal prohibición no constituye una mera conducta unilateral porque ésta se incardina dentro de las relaciones comerciales habituales mantenidas por Bayer con sus clientes¹¹. Desde este punto de vista, añade la Comisión, los mayoristas dan su consentimiento tácito a la prohibición ordenando su conducta comercial conforme a la misma. La aquiescencia de los mayoristas se deduce en particular de sus intentos de hacer creer a Bayer que ellos cumplen con sus contingentes nacionales ajustando a la baja sus pedidos conforme a unas cifras creíbles de consumo doméstico, ateniéndose a dichas cifras y distribuyendo sus requerimientos adicionales para la exportación entre diversas agencias y mayoristas «no supervisados».

Como se ha advertido anteriormente, el TPI anuló la decisión de la Comisión, aceptando las motivaciones de Bayer al mantener que la conducta de las filiales nacionales era, en efecto, un esfuerzo unilateral para reducir el tráfico paralelo, en oposición a una prohibición de exportación colusoria¹². Para alcanzar esta conclusión, el TPI señaló la falta del elemento clave en la definición de «acuerdo» aplicable bajo el art. 81, es decir: «la existen-

⁶ Conclusiones del Abogado General Tizzano, presentadas el 22 de mayo de 2003, Asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión c. Bayer AG, pendiente de recopilación.

⁷ *Cit. supra* FN 2.

⁸ Vid. J. KANTER, «Germany's Bayer Wins Right To Limit Supply to Discounters», *Dow Jones Newswires*, Bruselas, 7 de enero de 2004, y fuentes allí citadas destacando que las importaciones paralelas distraen al menos 2.000 millones de euros de las arcas de la industria farmacéutica de investigación.

⁹ Vid. <http://www.news.bayer.com/News/News.nsf/id/2004-0002>.

¹⁰ En otras palabras, Bayer Francia y Bayer España condicionaron el suministro al cumplimiento de una prohibición de exportación. Vid. Decisión Adalat, *cit.*, pp. 156-170.

¹¹ *Ibidem*, pp. 171-185.

¹² Sentencia del TPI en Adalat, *cit.*, p. 66.

cia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes»¹³. El TPI examinó el cumplimiento de este requisito desde ambos puntos de vista.

Por un lado, por lo que respecta a la voluntad de Bayer, el TPI llegó a la conclusión de que el fabricante no había pretendido suscribir un acuerdo restrictivo con sus respectivos mayoristas. Así, a pesar del hecho de que Bayer sabía que limitando los suministros conforme a los requerimientos nacionales, terminaría a la larga con las exportaciones paralelas, su intención restrictiva no alcanzaba a una «concordancia de voluntades» con sus mayoristas¹⁴. En definitiva, la restricción del comercio paralelo no provenía de un acuerdo, sino de la necesidad de cumplir los requerimientos nacionales de almacenamiento de productos farmacéuticos que obligan a los mayoristas a mantener una reserva suficiente para abastecer, en toda clase de medicinas, a sus clientes habituales¹⁵.

Por otro lado, si se analiza la voluntad de los almacenes mayoristas, se advierte, de entrada, la ausencia de cualquier declaración expresa de intenciones de adhesión a la política de Bayer. Por tanto, el caso se reduce a la posible existencia de un consentimiento tácito que pudiera inferirse de su conducta. En contraste con el punto de vista de la Comisión, el TPI y más tarde el Tribunal de Justicia consideraron que la reacción de los mayoristas, tratando de falsear las cuotas de Bayer, era una demostración del carácter unilateral puro de la política del fabricante¹⁶. Además, el TPI rechazó el argumento de la Comisión de que la simple continuación de la relación comercial entre los mayoristas y Bayer, tras el cambio en la política de suministros

¹³ *Ibidem*, p. 69.

¹⁴ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia en Adalat, *cit.*, p. 88.

¹⁵ En el caso de España dicha obligación de almacenamiento está prevista en el art. 16 del Real Decreto 2295/1994, *BOE*, de 14 de enero de 1994. Ya existían análogos obligaciones de servicio público en Portugal, Italia, Grecia, Francia, Finlandia y Bélgica al amparo de los arts. 1.18 y 81 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, *DOCE*, L 311/67, de 28 de noviembre de 2001. Recientemente, dicha Directiva ha sido modificada para introducir esta obligación en todos los Estados miembros en los siguientes términos: «(e)l titular de una autorización de comercialización de un medicamento y los distribuidores (...) en un Estado miembro garantizarán, dentro de los límites de sus responsabilidades respectivas, un abastecimiento adecuado y continuado de ese medicamento a farmacias y a personas autorizadas para la distribución de medicamentos, de modo que estén cubiertas las necesidades de los pacientes de dicho Estado miembro. Por otra parte, las medidas que se adopten para poner en práctica este artículo deberían estar justificadas por razones de protección de la salud pública y ajustarse al objetivo de dicha protección, en cumplimiento de las normas del Tratado, y en particular las relativas a la libre circulación de mercancías y a la competencia.», Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, *DOCE*, L 136/34, de 30 de abril de 2004, p. 57 (la redonda es mía). Los reimportadores han interpretado la expresión de cierre destacada en cursiva como una cláusula que convertiría la obligación de abastecimiento en un deber para los fabricantes de facilitarles cantidades ilimitadas de los medicamentos que soliciten. En este sentido, ver el posicionamiento de la Asociación Europea de Compañías Euro-Farmacéuticas refiriéndose a este texto como «una barrera legal para luchar contra los racionamientos de suministro». EAEPC, *Commission Loses Adalat Case but Parallel Traders Say Battle Against Supply Quota System will Continue*, disponible en <http://www.eaepc.com>.

¹⁶ Sentencia del TPI en Adalat, *cit.*, p. 155.

de ésta, era suficiente para presumir la existencia de un acuerdo¹⁷. Por tanto, concluyó el TPI, la política seguida por Bayer fue estrictamente unilateral¹⁸.

La Comisión y el Bundesverband der Arzneimittel-Importeure (BAI), apoyados por el Reino de Suecia y la Asociación Europea de Compañías Euro-Farmacéuticas que agrupa a los reimportadores¹⁹, contestaron la resolución del TPI. Este recurso de casación se fundamenta en siete motivos diferentes relativos a tres materias principales. En primer lugar, los apelantes discutían la argumentación del TPI a favor de considerar que la carga de la prueba de la existencia de un acuerdo correspondía de manera exclusiva a la Comisión²⁰. En segundo lugar, basándose en sentencias anteriores, los recurrentes rebatieron los criterios identificados y aplicados por el TPI para probar la existencia de un acuerdo²¹. Por último, los solicitantes argumentaron que el TPI tomó en cuenta de modo erróneo los deseos ocultos de los mayoristas (esto es, el deseo subjetivo de requerir cantidades suficientes de productos medicinales para cubrir tanto las exportaciones como las necesidades del mercado doméstico) en lugar de sus propósitos declarados de obedecer la política restrictiva del fabricante²².

El Tribunal de Justicia desestimó en su totalidad el recurso y confirmó la sentencia del TPI. Las posiciones contrapuestas del TJCE y de la Comisión derivan en gran parte de la interpretación divergente que ambos órganos hacen de sentencias anteriores atinentes al concepto de acuerdo entre empresas en el sentido del art. 81.1 TCE. Por lo tanto, para analizar la Sentencia Adalat es necesario profundizar más en el concepto de acuerdo que el TJCE desarrolló en casos previos. No obstante, antes de abordar el análisis de la jurisprudencia aplicable es conveniente hacer un breve repaso teórico para sistematizar los elementos que componen un acuerdo.

3. ASPECTOS TEÓRICOS DEL CONCEPTO DE ACUERDO

A. EL CONCEPTO DE ACUERDO Y PRÁCTICA COLUSORIA

La noción de «acuerdo» recogida en el párrafo primero del art. 81 TCE es un concepto jurídico comunitario que sin duda engloba al de contrato, pero que es aún más amplio²³. En este sentido, el TJCE señaló ya en el caso Sandoz²⁴ que *«para constituir un acuerdo conforme al significado del art. 81 del Tratado es suficiente con que conste expresamente la intención*

¹⁷ *Ibidem*, p. 172.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 157 y 183.

¹⁹ <http://www.eaepc.org>

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia en Adalat, *cit.*, pp. 57-71.

²¹ *Ibidem*, pp. 72-89, 90-111 y 125-145.

²² *Ibidem*, pp. 112-124.

²³ Ver V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, Hart Publ., 1997, § 2.2.2.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 1990, Asunto C-277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA c. Comisión, *Rec.*, 1990 p. I-45.

de las partes sin que sea necesario que se suscriba un contrato válido y con fuerza de obligar, conforme a la ley nacional»²⁵. Tradicionalmente el TJCE ha requerido solamente que conste de forma expresa la intención conjunta de las partes para actuar en el mercado de un modo específico²⁶.

En el caso Adalat, el TPI ha refrendado este criterio al referirse a la «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»²⁷. A su vez, el Tribunal de Justicia ha reiterado el mismo concepto en los siguientes términos: «la prueba de la existencia de un acuerdo en el sentido de dicha disposición debe basarse en la constatación directa o indirecta del elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, de la existencia de una concordancia de voluntades entre operadores económicos»²⁸. Por su parte, los términos «directa o indirecta» se refieren al hecho de que la declaración de la voluntad de cada parte puede ser expresa (es decir, escrita u oral) o implícita (si cabe deducirla de la conducta que se siga)²⁹. Además, en el caso Volkswagen II³⁰, el TPI señaló que la concurrencia de voluntades habría de referirse a una determinada conducta, que debe, por lo tanto, ser conocida por las partes cuando la aceptan³¹.

Resumiendo, el concepto de «acuerdo» entre dos partes (α y β) puede ser descompuesto en cinco componentes básicos: (1) voluntad de α , (2) manifestación de la voluntad de α , (3) voluntad de β , (4) manifestación de la voluntad de β , y (5) convergencia de las voluntades de α y β en relación con una determinada actuación. Este último elemento será objeto de análisis por separado³². Si asumimos por razones metodológicas que

²⁵ *Ibidem*, p. 2; ver también la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 1978, Asunto C-28/77, Tepea BV c. Comisión, *Rec.*, 1978 p. I-1391, sosteniendo que los acuerdos informales, orales e incluso no obligatorios caen dentro de la definición de acuerdo del art. 81.1 TCE.

²⁶ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, Asunto C-41/69, ACF Chemiefarma NV c. Comisión, *Rec.*, 1970 p. 73, p. 112; Sentencia en los Asuntos acumulados C-209/78 a 215/78 y C-218/78, Van Landewyck c. Comisión, *Rec.*, 1978, p. 2111, p. 86; Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 1991, Asunto T-7/89, Hercules Chemicals c. Comisión, *Rec.*, 1991 p. II-1711, p. 256; Sentencia del TPI de 3 de diciembre de 2003, Asunto T-208/01, Volkswagen AG c. Comisión (Volkswagen II), pendiente de recopilación (p. 30).

²⁷ Ver Sentencia del TPI en Adalat, *cit.*, p. 69, así como la propia Sentencia del Tribunal de Justicia en Adalat, *cit.*, p. 97, reafirmando este extremo.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia en Adalat, *cit.*, p. 27 (la cursiva es mía). Ver también las pp. 96-97 de la misma sentencia en las que el Tribunal de Justicia desmiente la interpretación de la Comisión según la cual el TPI habría construido el concepto de «acuerdo» exigiendo que una de las partes requiera una conducta determinada de la otra.

²⁹ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia en Adalat, *cit.*, p. 100; Sentencia ACF Chemiefarma, *cit.*, p. 112; Sentencia Van Landewyck, *cit.*, p. 86; Sentencia Hercules Chemicals, *cit.*, p. 256.

³⁰ Sentencia del TPI de 3 de diciembre de 2003, Asunto T-208/01, Volkswagen AG c. Comisión (Volkswagen II) pendiente de recopilación.

³¹ *Ibidem*, p. 56; ver, asimismo, la jurisprudencia recogida en la nota FN 28AAA. Ver también la Decisión 78/922/CEE de la Comisión, de 23 de octubre de 1978 (IV/1.576, Zanussi), *DOCE*, L 322/36, de 16 de noviembre de 1978, considerando que la obligación impuesta sobre los distribuidores de cumplir con la garantía sólo respecto a electrodomésticos comprados en el mismo Estado miembro constituía un acuerdo entre Zanussi y sus distribuidores conforme al apartado 1 del art. 81 TCE.

³² Ver *infra* Sección 4 los comentarios sobre el caso Volkswagen II ya citado.

ninguno de los restantes componentes depende para su existencia de la presencia o ausencia de los demás, el problema puede ser reducido a una combinación binaria de estos cuatro elementos constitutivos. El desarrollo de esta secuencia binaria da origen a dieciséis combinaciones diferentes que, por claridad sistemática, pueden ser expresadas según la siguiente tabla donde el valor 0 supone la no existencia, en tanto que el 1 es la existencia de cada uno de los requisitos:

TABLA I

	Voluntad de α	Declaración de α	Voluntad de β	Declaración de β	Descripción del supuesto
(a)	0	0	0	0	Situación inicial
(b)	0	0	0	1	Simulación unilateral por parte de β (debida, por ejemplo, a reserva mental o intimidación)
(c)	0	0	1	0	Voluntad unilateral y no declarada de β
(d)	0	0	1	1	Voluntad unilateral declarada de β
(e)	0	1	0	0	Simulación unilateral por parte de α (debida, por ejemplo, a reserva mental o intimidación)
(f)	0	1	0	1	Simulación de ambas partes
(g)	0	1	1	0	Simulación de α acompañada de voluntad no declarada de β
(h)	0	1	1	1	Simulación de α acompañada de voluntad declarada de β
(i)	1	0	0	0	Voluntad unilateral y no declarada de α
(j)	1	0	0	1	Voluntad unilateral no declarada de α acompañada de la simulación de β
(k)	1	0	1	0	Voluntad no declarada de α acompañada de voluntad no declarada de β
(l)	1	0	1	1	Voluntad no declarada de α acompañada de voluntad declarada de β
(m)	1	1	0	0	Voluntad unilateral declarada de α
(n)	1	1	0	1	Voluntad declarada de α acompañada de simulación por parte de β
(o)	1	1	1	0	Voluntad no declarada de β acompañada de voluntad declarada de α
(p)	1	1	1	1	Convergencia perfecta

Sólo cuatro de las dieciséis combinaciones posibles según esta Tabla satisfacen el concepto de acuerdo conforme al art. 81)³³. Además del supuesto de «convergencia perfecta» (p), hay jurisprudencia que avala el hecho de que tanto la reserva mental³⁴ como la coerción³⁵ son irrelevantes si la voluntad declarada es la de entrar en un acuerdo anticompetitivo. En otras palabras, las situaciones en las que se produce simulación por una de las partes (h y n) o ambas simultáneamente (f) han sido tratadas del mismo modo que los supuestos de convergencia perfecta. En consecuencia, según la jurisprudencia el mínimo de elementos indispensables para que exista un acuerdo es la voluntad declarada de ambas partes. Por contra, en todos los supuestos donde ha existido una identidad teórica de intenciones pero las voluntades han fallado en su convergencia por la falta de una declaración expresa de una (l y o) o de ambas partes (k), la jurisprudencia excluye per se la figura de acuerdo³⁶.

Teniendo en cuenta este marco teórico, examinaré ahora la jurisprudencia aplicable. Mi propósito en este apartado IV es identificar los criterios analizados por el Tribunal para determinar la existencia de un acuerdo. Bajo el apartado 5 estas pautas se pondrán en relación con los elementos constitutivos de un acuerdo a fin de establecer si cada una de ellas es condición (in)necesaria y/o (in)suficiente respecto a una o más partes constituyentes de un acuerdo. Sin embargo, antes de centrarnos en los precedentes jurisprudenciales es pertinente hacer un breve inciso en la cuestión de la carga de la prueba y el tratamiento de la reserva mental.

B. LA CARGA DE LA PRUEBA

Los recurrentes en el caso Adalat argumentaron que la regla procesal del TPI consistente en imputar la carga de la prueba de la existencia de acuerdo exclusivamente a la Comisión era equivocada. Desde el punto de vista de los demandantes, la proposición correcta era que donde la Comisión puede probar una causa *prima facie* la carga de la prueba se debe trasladar al demandado³⁷. El Tribunal de Justicia desestimó esta objeción,

³³ Las combinaciones relevantes están sombreadas y destacadas en negrita.

³⁴ Se produce reserva mental cuando la declaración de voluntad no coincide con la voluntad real del individuo. Ver *infra* Sección 3.C).

³⁵ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, Asunto C-453/99, Courage y Crehan, *Rec.*, 2001 p. I-6297.

³⁶ De forma análoga al Derecho penal, el Derecho de la competencia no castiga el mero pensamiento en ausencia de una manifestación ejecutiva externa del mismo. Con mayor motivo, la ausencia de acuerdo es incluso más clara cuando no sólo falta la manifestación, sino la propia voluntad subyacente.

³⁷ Conforme a esta teoría, correspondería a la empresa en cuestión probar que no hubo un acuerdo de voluntades con sus distribuidores. Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Asunto C-49/92 P, Comisión c. Anic Partecipazioni SpA, *Rec.*, 1999, p. I-4125, p. 96, en la que se considera legítimo invertir el *onus probandi* y exigir a una empresa la demostración de que no se adhirió a las iniciativas anticompetitivas una vez que la Comisión ha probado que la empresa en cuestión participó en las reuniones.

advirtiendo que «*incumbe a la Comisión probar la infracción que conste y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de los hechos constitutivos de la infracción*»³⁸. Se ha advertido que los resultados perjudiciales para los comerciantes paralelos en el caso Adalat derivan en gran parte de la rígida aplicación por el TJCE de las normas que regulan la carga de la prueba³⁹. En cualquier caso, como se verá más adelante, dada la íntima relación entre las vertientes adjetiva y sustantiva, también se ha socavado de manera inevitable la importancia de algunos criterios materiales utilizados para probar la existencia de un acuerdo en sentencias anteriores a Adalat⁴⁰.

C. LA RESERVA MENTAL

La reserva mental, también conocida como «ocultación» o «simulación», es el desacuerdo entre las verdaderas intenciones de uno de los sujetos y la inadecuada o, posiblemente engañosa «declaración» de las intenciones del mismo. La doctrina se origina en el s. XIII procedente de la enseñanza escolástica y es San Raimundo de Peñafort quien la formula en sus intentos de reconciliar el absoluto deber de veracidad con el respeto a la justicia. San Agustín había subrayado que un hombre no debe «asesinar su propia alma» mintiendo para preservar la vida de otro. Para superar este dilema moral, San Raimundo elaboró la noción de reserva mental en su guía práctica para confesores:

*«...cuando alguien es interrogado por asesinos dispuestos a tomar la vida de una persona que está escondida en la casa, si se encuentra allí, no debe darse respuesta; y si esto traiciona a la persona oculta, su muerte será imputable a los asesinos, no al silencio del otro. O puede éste usar una expresión equívoca, y decir “no está en casa” o algo por el estilo. Y esto puede defenderse basándose en un gran número de ejemplos hallados en el Antiguo Testamento. O puede decir simplemente que él no está allí, y si su conciencia le dice que debe expresarse así entonces él no habrá hablado en contra de su conciencia ni habrá pecado»*⁴¹.

Por lo tanto, conforme a la mayoría de los escritores católicos, al contrario que en opinión de los protestantes, el uso de una expresión ambi-

³⁸ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 62. Además el Tribunal de Justicia explicó por qué en la precitada Sentencia Anic este principio no sufrió modificación alguna. En dicho caso la existencia de un acuerdo había sido demostrada mediante inferencia a partir de pruebas sobre participación en reuniones. Por tanto, la posibilidad abierta por el TJCE a las empresas participantes en las reuniones fue la de demostrar que habían abandonado un acuerdo cuya existencia estaba por lo demás clara. Ver también Sentencia del TPI de 6 de abril de 1995, en el Asunto T-152/89, ILRO SpA c. Comisión, *Rec.*, 1995, p. II-1197.

³⁹ Ver JAKOBSEN y BROBERG, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁰ En términos prácticos destaca el hecho de que no basta a la Comisión probar que la conducta cuestionada restringe el comercio paralelo para obligar al fabricante a mostrar que las restricciones son estrictamente unilaterales.

⁴¹ *Summa de casibus poenitentiae*, ZSSR, LXX, iii (*kan. Abt.*, XXXIX, 1953).

gua no contradice la obligación de veracidad. Si hay justa causa y el demandante no tiene derecho a la verdad no se comete pecado y la impostura puede imputarse al demandante que, llegando a una conclusión errónea, se engaña «a sí mismo». Más adelante los jesuitas ampliaron esta doctrina, admitiendo ejemplos donde la ambigüedad no derivaba de las palabras usadas, o de las circunstancias de tiempo, lugar o persona en las cuales tales palabras se pronunciaban, sino del uso de una calificación mental que, junto con las palabras realmente pronunciadas, equivalía a la verdad. Por ejemplo, si se pregunta al confesor sobre pecados conocidos a través de confesión él está autorizado a ocultar tal información contestando «No lo sé» en lugar de «No lo sé salvo por confesión». Quizá contrariamente a lo intuido, este concepto más amplio de ocultación se conoce como «reserva mental estricta» en oposición a la doctrina de la reserva mental «amplia», la formulada por San Raimundo. La diferencia entre reserva mental amplia y estricta no radica en última instancia en la latitud respecto a la realidad, sino que estriba en la distinta fundamentación de cada una de ellas. Mientras que la reserva mental amplia se basa en una ambigüedad externa al sujeto u objetiva, en el caso de la reserva mental estricta la ambigüedad es meramente subjetiva.

Comparado con el papel que jugó en las disputas teológicas de antaño, la reserva mental asume una función más modesta y pacífica bajo la legislación europea reguladora de la competencia, ya que, por lo general, es ignorada a la hora de determinar la existencia de un acuerdo. Conforme a la Comisión y al TJCE, quien negocia un acuerdo pretendiendo desviarse de lo acordado rellena en cualquier caso el supuesto de hecho del art. 81.1⁴². Por lo tanto, tomando prestada la famosa analogía de FORRESTER y NORALL⁴³, podemos llegar a la conclusión de que, en materia de reserva mental, al contrario que en materia de notificación de acuerdos bajo el art. 81 TCE, las autoridades comunitarias se alinearon, desde el principio, con el lado protestante. Esta posición impide a las partes esquivar la aplicación del art. 81 utilizando la coartada de que la verdadera intención de al menos una de ellas, contrariamente a su voluntad declarada, no era formalizar un acuerdo anticompetitivo. La motivación de esta norma parece ser, al igual que en los acuerdos nunca puestos en práctica, que la apariencia externa puede tener consecuencias visuales y psicológi-

⁴² Decisión 86/399/CEE de la Comisión, de 10 de julio de 1986 (IV/31. 371. BELASCO), *DOCE*, L 232/15, de 19 de agosto de 1986, p. 86; Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1989, Asunto C-246/86, BELASCO c. Comisión, *Rec.*, 1989, p. I-2117.

⁴³ De acuerdo con esta analogía los sistemas que requieren notificación, como el del art. 81 TCE antes de la reforma, serían «católicos» porque la salvación sólo puede alcanzarse a través de la confesión a la autoridad antitrust. I. S. FORRESTER y C. NORALL, «The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could Be Applied», *CMLR*, 1984, 21, p. 11; I. S. FORRESTER, «Panel Discussion», C. D. EHLERMANN y L. LAUDATI (eds.), *The Role of Legal Counsel, Robert Schuman Center Annual Conference on European Competition Law*, Florencia, 1997, pp. 373 ss., Para una actualización de esta analogía a la luz de cambios legales ulteriores ver B. HAWK, «EU “modernization”: A Latter-day Reformation», *Global Comp. Rev.*, 1999, p. 12.

cas anticompetitivas⁴⁴. En resumen, la irrelevancia de la *arrière pensée* juega una importante función impidiendo errores del tipo 2 (es decir, falsas exoneraciones) bajo el art. 81.

¿Se puede hablar de reserva mental en el caso Adalat? Los mayoristas no se plegaron a la política restrictiva de Bayer en relación con las importaciones paralelas. Sin embargo, con el fin de evitar el conflicto directo y la posible reacción adversa de Bayer simulaban aumentos en la demanda nacional y diversificaron sus fuentes de aprovisionamiento para impedir ser detectados. Basándose en estos hechos, la Comisión argumentó que el TPI se había desviado del principio de irrelevancia de la reserva mental al tomar en consideración los deseos subyacentes de los mayoristas en lugar de la intención declarada por los mismos. El Tribunal de Justicia desestimó tal argumento apoyándose en una doble motivación⁴⁵. En primer lugar, concluyó que las pruebas en el caso no respaldaban la postura de que la intención de los mayoristas era hacer creer al fabricante que su intención era cumplir con la política restrictiva del último. En segundo lugar, incluso si los mayoristas hubieran intentado engañar a Bayer en cuanto a su intención de exportar, no hubiera podido concluirse de ese mero intento que habían asentido a la política de Bayer. En definitiva, dado que no había declaración de voluntad por parte de los mayoristas no cabía la contradicción entre ésta y las intenciones reales de los mismos. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia concluyó que Adalat no podía considerarse como un supuesto de reserva mental y, por tanto, no entraba en conflicto con la jurisprudencia anterior en la que se apoyaba la irrelevancia de la simulación.

Desde un punto de vista práctico, la solución del TJCE evitó el inconveniente de sancionar a los mayoristas por actuar a favor del comercio paralelo. No obstante, soslayó la cuestión teórica principal: cuándo y por qué la divergencia entre actos externos susceptibles de constituir una expresión de voluntad (por ejemplo la simulación de aumentos en la demanda nacional) y actos que expresan potencialmente el deseo subyacente de una de las partes no entra en el concepto de reserva mental. De ahí que, siguiendo la Sentencia Adalat, la Comisión argumentara que el TPI se había convertido del protestantismo al catolicismo sin una explicación convincente. Como se ha visto, la solución del Tribunal de Justicia consistió en enfatizar que no había declaración de voluntad externa. Una forma de alcanzar el mismo resultado de un modo más persuasivo consistiría en introducir un criterio objetivo que permitiera estrechar el concepto de reserva mental. Por lo general, en los casos en los que falta una

⁴⁴ Ver p. ej., Sentencia del TPI de 14 de julio de 1994, Asunto T-66/92, Herlitz AG c. Comisión, *Rec.*, p. II-531, p. 40; ver también la Sentencia del TPI de 14 de julio de 1994, Asunto T-77/92, Parker Pen Ltd. c. Comisión, *Rec.*, 1994, p. II-549, p. 55; ambas citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, Asunto C-19/77, Miller International Schallplatten c. Comisión, *Rec.*, 1978, p. I-39.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 121.

declaración expresa y clara, hay un conjunto de hechos y circunstancias que no necesitan apoyar una sola conclusión respecto a cuál es la voluntad declarada del operador económico en cuestión. Además puede haber un desajuste entre la verdadera voluntad de la firma y sus intenciones tácitamente declaradas. La multiplicidad de actos y circunstancias concomitantes puede apoyar el hallazgo de un número artificialmente alto de supuestos de reserva mental. La finalidad del test objetivo propuesto sería actuar como filtro en los casos en los que hay comportamientos aparentemente divergentes, aislando aquellos actos que merezcan la denominación de declaración de voluntad. A fin de realizar esta selección, la cuestión crucial sería si la conducta analizada, de la que deriva el hipotético consentimiento, se contradice con actos contextuales o circunstancias observables *ex ante* por terceros. Es importante destacar que este requisito no daría lugar a falsas exoneraciones bajo el apartado 1 del art. 81 TCE. Por una parte, cuando se cumpla el test no habría efectos visuales o psicológicos sobre terceros, ya que las propias circunstancias concomitantes los contrarrestarían. Por otra parte, por definición, el criterio propuesto no se consideraría satisfecho en todos aquellos casos en los que existiera un lapso temporal entre el acuerdo y las actuaciones incongruentes porque el desfase impediría a terceros observar el desajuste *ex ante*. En resumen, conforme a la prueba propuesta, Adalat no sería un caso de reserva mental porque Bayer estaba en disposición de observar *ex ante* las actuaciones incongruentes de los mayoristas. Aunque el resultado sea equivalente al alcanzado por el Tribunal de Justicia, el razonamiento propuesto tiene mayor transparencia y evita cualquier argumento en apariencia «cismático» como los esgrimidos por el TPI en un esquema legal que tras el abandono del sistema de notificaciones puede calificarse como «presbiteriano».

4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

A. EL ASUNTO SANDOZ

En Sandoz⁴⁶ los problemas se debieron a la reexportación de productos farmacéuticos cuyos precios estaban fijados por el Estado italiano. Con el fin de evitar el comercio paralelo, el fabricante incluyó las palabras «exportación prohibida» en las facturas expedidas a sus clientes italianos. Sandoz alegó que esta condición escrita no formaba parte del acuerdo porque sólo era conocida con posterioridad a la entrega y los clientes ni siquiera la cumplían. Sin embargo, para la Comisión, la cláusula suponía una prohibición de exportación y no una mera declaración unilateral⁴⁷. Basándose en decisiones previas, la Comisión llegó a la con-

⁴⁶ Ver cita *supra*. Ver también J. E. THOMPSON, «Case-note to Sandoz P. F. and Tipp-Ex», *CMLR*, 1990, p. 602.

⁴⁷ Decisión 87/409/CEE de la Comisión, de 13 de julio de 1987 (IV/31.741, Sandoz), *DOCE*, L 222/28, de 10 de agosto de 1987, ver, en particular, p. 26.

clusión de que esta condición era parte del acuerdo porque era usada de forma repetida y sistemática dentro del marco de una relación continuada de negocios⁴⁸. Además, la falta de objeciones por parte de los clientes a esta restricción, sus pagos a Sandoz sin protesta alguna y la presentación de nuevos encargos sujetos a la misma factura tipo fueron interpretadas como aquiescencia tácita⁴⁹. El TJCE confirmó la posición de la Comisión sobre ambos extremos. Primero, señaló que las facturas no eran meros documentos contables, sino que formaban parte de una estructura general de relaciones comerciales que Sandoz mantenía con sus clientes⁵⁰. Segundo, el TJCE estimó que la conformidad de los distribuidores podía deducirse de su conducta a partir de cada pedido. La Sentencia ha sido criticada por un sector de la doctrina por delinear un concepto de acuerdo demasiado amplio⁵¹.

En el caso *Adalat*, la Comisión razonó analógicamente respecto a la situación en *Sandoz*. Por una parte, estimó que el conjunto de las relaciones comerciales continuas entre Bayer y sus mayoristas en los mercados español y francés estaban basadas en un acuerdo general, preestablecido⁵². Por otra, que, dentro de este acuerdo general las partes habían concluido una prohibición de exportación sobre la base de las tres consideraciones siguientes: (i) el volumen de los pedidos; (ii) el carácter sistemático de la práctica, y (iii) la conformidad implícita de los mayoristas a la prohibición de exportación⁵³. El TPI refutó las consideraciones de la Comisión, distinguiendo ambos casos sobre la base de que en *Adalat* no hubo cláusula expresa de prohibición de exportación ni tampoco un comportamiento de falta de oposición o de aquiescencia por parte de los clientes⁵⁴. En consecuencia, la Sentencia *Adalat* no ha afectado el valor jurisprudencial de *Sandoz*, que continúa vigente en aquellos casos en que el fabricante comunica directa o indirectamente su deseo de restringir las exportaciones a los distribuidores y éstos dan su conformidad.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 25 y 27. Respecto a la inclusión de condiciones similares en listas de precios ver también Decisión 82/203/CEE de la Comisión, de 27 de noviembre de 1981, (IV/30.188, *Moët et Chandon*), *DOCE*, L 94/7, de 8 de abril de 1982, p. 10, y Decisión 80/1283/CEE de la Comisión, de 25 de noviembre de 1980 (IV/29.702, *Johnson & Johnson*), *DOCE*, L 377/16, de 31 de diciembre de 1980, p. 28.

⁴⁹ Decisión de la Comisión *Sandoz*, *cit.*, p. 26.

⁵⁰ Sentencia del TJCE *Sandoz*, *cit.*, p. 10.

⁵¹ Ver *LIDGARD*, *cit.*, p. 358; *JAKOBSEN/BROBERG*, *cit.*, p. 131.

⁵² Ver Decisión de la Comisión *Adalat*, *cit.*, p. 172.

⁵³ *Ibidem*, p. 173.

⁵⁴ Sentencia del TPI *Adalat*, *cit.*, p. 163. La última observación resulta dudosa, ya que los distribuidores de *Sandoz*, a pesar de su silencio, no desistieron de sus actividades de exportación. Tal vez para esquivar esta discordancia el TJCE se limitó a respaldar la primera línea de argumentación del TPI. No obstante, el hecho de que en *Adalat* el TPI se sintiera obligado a exagerar las diferencias respecto a *Sandoz* lleva a la sospecha de que ambos casos presentan más similitudes que las que ambas instancias judiciales están dispuestas a reconocer. La diferencia tal vez más importante es que, en contraste con *Sandoz*, Bayer no tuvo que recurrir a una prohibición de exportar porque, junto a la imposición de cuotas, la existencia de obligaciones de servicio público tiene el efecto de drenar los canales de comercio paralelo.

Finalmente, en *Adalat* se aclara una cuestión que el TJCE no llegó a considerar en *Sandoz*. En *Sandoz*, la Comisión había estimado que la práctica del fabricante consistente en reducir los pedidos de sus clientes a las cifras «normales» de demanda podía constituir un elemento de acuerdo entre las partes, «especialmente cuando esta práctica constituye una política comercial bien conocida y sistemáticamente aplicada en un mercado caracterizado por su comercio paralelo activo»⁵⁵. Este razonamiento chocaría frontalmente con la sentencia *Adalat* ya que, la reducción unilateral de suministros por parte de Bayer no puede entenderse sino como medida para impedir el comercio paralelo⁵⁶. En *Sandoz* la Comisión no profundizó en la cuestión por entender que no existían suficientes pruebas y el TJCE evitó pronunciarse al respecto. *Adalat* aclara la ambigüedad a favor del fabricante.

B. EL ASUNTO TIPP-EX

Tipp-Ex, fabricante de productos correctores de oficina, distribuye los mismos a través de su propia red en Alemania y por medio de un distribuidor exclusivo en Francia. Dado que a los clientes alemanes les puede gravar con precios más elevados que a los de cualquier otro Estado miembro, Tipp-Ex requirió a su distribuidor francés para que se abstuviese de suministrar a reimportadores que enviaban sus productos de vuelta a Alemania. Más específicamente, Tipp-Ex advirtió al distribuidor francés mediante telex amenazadores y finalmente le sancionó retirándole el descuento habitual para obligarle al cumplimiento. Tras afirmar que la política de Tipp-Ex había llevado a los distribuidores a cortar sus relaciones con los importadores paralelos, la Comisión acusó al fabricante y a sus distribuidores franceses de infringir el art. 81.1⁵⁷. El TJCE respaldó la decisión de la Comisión, al encontrar que las relaciones comerciales entre las partes estaban condicionadas por la existencia de una prohibición a la exportación a la que los clientes habían dado de forma implícita su conformidad⁵⁸.

En *Adalat* la Comisión alegó que la situación era similar a la de Tipp-Ex, ya que en ambos casos se había impuesto una prohibición de exportación dentro del contexto de una relación comercial existente entre un

⁵⁵ Decisión de la Comisión *Sandoz*, *cit.*, p. 30, donde la Comisión destacó además que para deducir la existencia de un acuerdo de esta forma sería necesario descartar todas las explicaciones alternativas (p. 19).

⁵⁶ Además, de acuerdo con las pruebas halladas por la Comisión, los clientes eran conscientes de las motivaciones reales del fabricante a pesar de los disciplinados esfuerzos de Bayer por justificar los recortes en los suministros por la escasez de materias primas. Ver Decisión de la Comisión *Adalat*, *cit.*, p. 94.

⁵⁷ Decisión 87/406/CEE de la Comisión, de 10 de julio de 1987 (IV/ 31.192, Tipp-Ex), *DOCE*, L 222/1, de 10 de agosto de 1987.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de febrero de 1990, Asunto C-279/87, Tipp-Ex c. Comisión, *Rec.*, 1990 p. I-261.

suministrador y sus distribuidores a la que estos últimos tácitamente daban su conformidad. No obstante, tanto el TPI como el Tribunal de Justicia contestaron tal analogía y el TPI señaló, además, que comportamientos aparentemente unilaterales de un fabricante pueden dar origen a un acuerdo, pero «*ello exige que el comportamiento posterior de los mayoristas o de los clientes pueda interpretarse como una aquiescencia de facto*»⁵⁹. Esta línea de argumentación establece una difícil conexión entre las declaraciones de ambas partes. Indudablemente no puede haber «aceptación» sin «oferta». Sin embargo, el nexo puesto de manifiesto por el TPI y que reiteran el Abogado General Tizzano y el Tribunal de Justicia tiene un sentido opuesto. De acuerdo con su punto de vista, la prueba de una «aceptación» sirve para deducir que una proposición, en apariencia neutral, es de hecho una «oferta». Aunque esta presunción no está desprovista de lógica, plantea problemas en ambos niveles, teórico y práctico, dignos de reflexión. En primer lugar, una conducta idéntica de un fabricante en dos contextos similares puede interpretarse que significa una cosa y su opuesta, dependiendo de la reacción de una parte autónoma. Más aún, la Sentencia descrita puede resultar peligrosa por animar a los comerciantes paralelos enfrentados a los sistemas de restricción de suministros a forzar el establecimiento de un acuerdo inventando modos de dar su aquiescencia a la política restrictiva del fabricante⁶⁰. Desde el punto de vista del fabricante, ésta sería una situación sin salida. Por una parte, si decide no hacer nada, la conducta estratégica de los mayoristas facilitará la prueba de la existencia de un acuerdo entre ambas partes, a pesar de que el fabricante no les requiera o invite a realizar tal acción. Por otra, el fabricante puede correr el riesgo alternativo de suscribir con sus mayoristas un acuerdo sólo para asegurarse de que éstos actúan como si no hubiese acuerdo alguno. En realidad, la única salida satisfactoria para un fabricante no dominante sería cortar sus relaciones comerciales con los mayoristas que den su conformidad. De cualquier modo, esta posibilidad en el sector farmacéutico, al igual que el uso de una distribución selectiva, queda excluida por la existencia de un mandato de las autoridades sanitarias ordenando el suministro a todo candidato a mayorista⁶¹.

Un último problema es el relacionado con la cuestión de qué tipo de reacción es adecuada, por parte de un cliente, para provocar la existencia de un acuerdo en casos de conformidad tácita. Más específicamente, ¿debe consistir la conducta de un cliente necesariamente en un acto de

⁵⁹ Ver Sentencia del TPI Adalat, *cit.*, p. 167; así como Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 24.

⁶⁰ Siguiendo la terminología de la Tabla 1, la situación descrita sería aquella en la que el mayorista trata de hacer pasar una situación de simulación unilateral del grupo (*b*) como un supuesto de convergencia perfecta de voluntades del grupo (*p*). El riesgo de que los mayoristas actúen estratégicamente es significativo porque la sanción se suele concentrar en el fabricante que pone en pie las restricciones.

⁶¹ Ver *supra* nota 15. De modo más general, la efectividad de tal estrategia quedaría severamente limitada por el art. 82 si se estrechara la definición de los mercados relevantes afectados. Ver *infra* Sección 6.

instrumentalización de la propuesta del fabricante? En mi opinión, la contestación a esta pregunta es negativa por, al menos, dos razones. Primera, en el caso Sandoz el TJCE dedujo la conformidad a pesar de que los distribuidores, al revés que en Tipp-Ex, no desistieron en ningún momento de sus actividades de exportación⁶². Segunda, la interpretación alternativa causaría cierta superposición entre la noción de «acuerdo» y el requisito, también contemplado por el art. 81.1, de que el «objeto o efecto» del acuerdo vulnere la libre competencia. Con respecto a este último, el uso de la disyuntiva «o» indica claramente que cualquiera de los dos elementos es suficiente para cumplir el requerimiento legal⁶³. Por contra, de exigirse un acto de instrumentalización, la posibilidad de un acuerdo tácito con objeto anticompetitivo, pero sin efectos, habría de quedar descartada. En consecuencia, debe admitirse la posibilidad de deducir la conformidad tácita de actos distintos a la puesta en práctica del propio acuerdo.

C. LOS ASUNTOS AEG Y FORD

En el caso AEG⁶⁴ se trajeron a colación los intentos de este fabricante alemán de electrodomésticos para mantener a ciertos comerciantes fuera de su sistema selectivo de distribución. Aunque los distribuidores que solicitaban la admisión cumplían los criterios objetivos de selección, AEG rehusaba aceptarlos porque operaban con márgenes bajos y habrían erosionado el alto nivel de precios que deseaba mantener para sus productos. Para justificar esta conducta, AEG argumentó que estaba actuando unilateralmente. Sin embargo, el TJCE halló que, al igual que en la admisión de nuevos comerciantes autorizados, las desestimaciones del fabricante eran en realidad actos que complementaban el contrato de selección subyacente, actos expresa o tácitamente aceptados por todos los distribuidores autorizados⁶⁵. Además, la Sentencia AEG mantiene la teoría de que un sistema selectivo de distribución infringe el art. 81 si el fabricante condiciona la admisión a criterios distintos de los aprobados por escrito como la observancia de lealtad en cuanto al régimen de precios.

⁶² Ver también Decisión 82/853/CEE de la Comisión, de 7 de diciembre de 1982 (IV/30.070, National Panasonic), *DOCE*, L 354/28, de 16 de diciembre de 1982 (pp. 18 y 44).

⁶³ En *Consten Grundig*, el Tribunal de Justicia sostuvo que no es necesario analizar los efectos de un acuerdo si su objeto es restringir la competencia. Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Asuntos acumulados C-56 y 58/64, *Consten y Grundig c. Comisión*, *Rec.*, 1964-66, p. 413.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, Asunto C-107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft (AEG)-Telefunken AG. c. Comisión*, *Rec.*, 1983, p. I-767.

⁶⁵ *Ibidem* p. 39, donde el TJCE indicó que el propósito común a la admisión o el rechazo a una red de distribución selectiva es garantizar la observancia de los criterios selectivos. Como ha destacado el TPI en *Adalat*, p. 170, este mismo enfoque ha sido aplicado repetidamente en sentencias que se analizarán a continuación como *Ford*, p. 21; *BMW c. ALD*, pp. 16-17; o *Metro II*, pp. 72-73.

En el caso Ford⁶⁶ la cuestión principal fue si la Comisión estaba autorizada para rehusar una exención bajo el art. 81.3 en relación con el acuerdo principal de distribución de Ford AG. La razón para denegarla radicaba en el hecho de que Ford había interrumpido los suministros de coches con volante a la derecha a los distribuidores alemanes con vistas a proteger a su filial británica y los distribuidores asociados de cualquier importación paralela. El TJCE desestimó la defensa de Ford, basada en conducta unilateral, y estimó que la circular formaba parte del acuerdo principal de distribución. Por tanto, conforme al criterio del TJCE, en el contexto de acuerdos de larga duración las decisiones diferidas no pueden ser consideradas como actos unilaterales si se refieren a aspectos imprevisibles dejados por el fabricante para subsiguiente determinación de forma discrecional⁶⁷.

El Tribunal de Justicia diferencia el caso Adalat de las Sentencias AEG y Ford partiendo de la base de que en estos últimos casos, al contrario que en Adalat, la existencia de un acuerdo ya había quedado demostrada⁶⁸. Las partes que alegan la existencia de un acuerdo han argumentado que la conducta de Bayer era parte integrante suplementaria, aun cuando no escrita, del acuerdo de distribución de larga duración ya existente⁶⁹. Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que «(e)l mero hecho de que existan de manera concomitante un acuerdo, en sí mismo neutro, y una medida restrictiva de la competencia impuesta de manera unilateral no equivale a un acuerdo prohibido por dicho precepto»⁷⁰.

Finalmente, es pertinente advertir los paralelismos entre la Sentencia Adalat y el régimen legal aplicable a la venta de vehículos de volante a la derecha conforme al preámbulo del Reglamento aplicable⁷¹. Bajo el nuevo sistema, un fabricante no puede impedir a sus concesionarios vender vehículos que correspondan a un modelo comprendido en los límites del contrato, aunque sean de volante a la derecha⁷². No obstante, si la demanda total excede a la oferta, el fabricante puede limitar el suministro siempre que el contingente puesto a disposición no sea asignado entre los diferentes distribuidores de modo discriminatorio para proteger un determinado mercado nacional⁷³. A este respecto se ha advertido que la liber-

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1985, Asuntos acumulados C-25 y 26/84, Ford c. Comisión, *Rec.*, 1985, p. I-2725.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 20-21.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 109.

⁶⁹ Por otra parte, se argumentó que la continuación de las relaciones comerciales por parte de los mayoristas con Bayer incluso después de comprender los auténticos motivos del fabricante podía ser interpretada como aquiescencia de forma análoga a lo ocurrido con los concesionarios alemanes de Ford. Este punto de vista es también el defendido por JEPHOCOT, *op. cit.*, p. 476.

⁷⁰ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 141.

⁷¹ Reglamento (CE) 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, *DOCE*, L 203/30, de 1 de agosto de 2002.

⁷² *Ibidem* art. 4(1)(f).

⁷³ Ver Sentencia del TJCE Ford, *cit.*

tad del concesionario para comprar y vender no implica necesariamente un deber para el fabricante de suministrar por encima de las cantidades contratadas⁷⁴. La Sentencia Adalat mantiene, de modo similar, que el fabricante puede aplicar un sistema objetivo (es decir, no discriminatorio) de contingentes nacionales sujeto a la caución de que los distribuidores racionados queden, al menos nominalmente, en libertad para reexportar partes de sus reducidos suministros⁷⁵. Así, siguiendo el razonamiento de la Sentencia Adalat, queda aún más claro que, en principio, un fabricante de coches no dominante no puede ser obligado a abastecer a la totalidad del mercado británico desde el Estado miembro donde las condiciones reguladoras sean óptimas desde el punto de vista de los consumidores⁷⁶.

D. EL ASUNTO BMW BÉLGICA

Los controles belgas de precios sobre los coches dieron origen a las importaciones paralelas de coches por Alemania. Para remediar esta distorsión la filial de BMW en Bélgica envió circulares a los concesionarios belgas pidiéndoles que se abstuviesen de reexportar a concesionarios no autorizados y que expresasen su consentimiento mediante escrito certificado, cosa que hicieron. Basándose en tan patente evidencia, el TJCE, de forma poco sorprendente, determinó que había un acuerdo entre la filial belga de BMW y sus concesionarios suplementario de su relación contractual regular, pese al hecho de que los intereses de los distribuidores belgas no eran los mismos que los del fabricante⁷⁷. Esta sentencia puede ser fácilmente distinguida de la del caso *Adalat* porque, al contrario que en ésta, las partes afectadas manifestaron de forma expresa sus respectivas intenciones de imponer una prohibición a la exportación o, de instrumentalizar la misma.

E. EL ASUNTO BMW C. ALD

En este caso⁷⁸, la filial alemana de BMW prohibió a los vendedores autorizados de su red selectiva de distribución servir a las compañías de arrendamiento financiero («*leasing*») que destinasen vehículos a clientes domiciliados fuera de su propio territorio contractual. El propósito de

⁷⁴ L. RITTER, D. BRAUN y F. RAWLINSON, *EC Competition Law: A Practitioner's Guide*, L. KLUWER Int'l., 2003, Suppl., p. 56.

⁷⁵ En cualquier caso, en un sector como el farmacéutico, sujeto a obligaciones de almacenamiento, el derecho nominal a re-exportar es irrelevante en la práctica. Ver *supra* nota 15.

⁷⁶ Ver RITTER, BRAUN y RAWLINSON, *op. cit.*, nota al pie 483, así como las referencias allí recogidas.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1979, Asuntos acumulados C-32/78, C-38/78 a 82/78, *BMW Belgium c. Comisión*, *Rec.*, 1979, p. 1185, pp. 28-36.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1995, Asunto C-70/93, *Bayerische Motorenwerke AG c. ALD Auto-Leasing D GmbH*, *Rec.*, 1995, p. I-3439.

esta limitación era salvaguardar el sistema selectivo de distribución. El TJCE estimó que la modificación de los contratos originales instauraba un régimen de protección territorial absoluta para los comerciantes individuales. Por ello, basándose en una interpretación estricta del antiguo Reglamento de exención para vehículos de motor⁷⁹, condenó la práctica de BMW excluyendo el beneficio de exención. Como en el supuesto anterior, y a diferencia de Adalat, la existencia de un nexo con el contrato previo exoneró a la parte recurrente de probar la conclusión de un acuerdo autónomo.

F. EL ASUNTO VOLKSWAGEN I

Volkswagen, fabricante alemán de automóviles, y Autogerma SpA., su filial italiana, adoptaron diversas medidas para impedir el comercio paralelo de vehículos Volkswagen y Audi y sus repuestos desde el mercado italiano a Alemania y Austria. Estas medidas incluían restricción de suministros, imposición de varios controles y la introducción de reglas especiales para calcular la bonificación trimestral del 3 por 100 que se pagaba a los comerciantes italianos conforme al número de vehículos vendidos. De acuerdo con estas reglas, todas las ventas se tomaban en cuenta para calcular la bonificación, pero aquellas que se efectuasen fuera del territorio contractual sólo se tenían en cuenta hasta un máximo del 15 por 100 del total de las ventas efectuadas por el comerciante. En resumen, la regla del 15 por 100 obligaba *de facto* a los comerciantes italianos a vender, al menos, el 85 por 100 de sus vehículos dentro del territorio asignado.

La Comisión⁸⁰ condenó el sistema considerando que equivalía a un acuerdo restrictivo de los comprendidos en el art. 81.1 TCE y no podía beneficiarse de la exención global aplicable. El TPI⁸¹ y el Tribunal de Justicia⁸² confirmaron parcialmente la decisión de la Comisión, anulándola en otros extremos. Respecto a la aplicabilidad del art. 81.1, y conforme a lo ya expresado en los casos Ford y BMW Bélgica, ambas instancias sentenciaron que la invitación, aparentemente unilateral formulada por un fabricante a sus distribuidores equivale a un acuerdo si forma parte de un conjunto de relaciones comerciales continuadas gobernadas por un acuerdo general previo. En cuanto a limitación de suministros, el Tribu-

⁷⁹ Reglamento (CE) 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles, *DOCE*, L 145/25, de 29 de junio de 1995.

⁸⁰ Decisión 98/273/CE de la Comisión, de 28 de enero de 1998 (IV/35.733, Volkswagen I), *DOCE*, L 124/60, de 25 de abril de 1998.

⁸¹ Sentencia del TPI de 6 de julio de 2000, Asunto C-62/98, Volkswagen c. Comisión (Volkswagen I), *Rec.*, 2000 p. II-2707.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de septiembre de 2003, Asunto C-338/00 P, *Volkswagen AG c. Comisión (Volkswagen I)*, pendiente de recopilación.

nal de Justicia advirtió que dicha posibilidad estaba prevista en el contrato de distribución. Dado que Volkswagen no discutió el razonamiento del TPI de que el fin último de su propuesta era bloquear el comercio paralelo, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que «*al aceptar el contrato de concesión, los concesionarios italianos consintieron una medida que fue utilizada posteriormente para obstaculizar las reexportaciones desde Italia y, por tanto, para restringir la competencia intracomunitaria*»⁸³.

De modo similar a las Sentencias AEG y Ford, la situación en el caso Volkswagen I puede distinguirse de la del caso Adalat, ya que, al igual que en aquéllos, se verificó la existencia de un acuerdo previo. No obstante, en Volkswagen I la distinción es menos convincente porque los contratos de concesión son en sí mismos neutrales⁸⁴. Por consiguiente, Volkswagen I respaldaría la problemática propuesta de que, a efectos de legislación *antitrust*, la aceptación de un contrato legal implica la aceptación por una de las partes de las variaciones ilegales del contrato realizadas posteriormente por la otra parte⁸⁵. El TPI ha reducido el alcance de esta doctrina en la sentencia que comentaré a continuación.

G. EL ASUNTO VOLKSWAGEN II

Los acuerdos de distribución exclusiva entre Volkswagen y sus concesionarios alemanes garantizaban la posibilidad al fabricante de sugerir precios para la venta al por menor de sus vehículos. Basándose en esta cláusula, Volkswagen les envió circulares exhortándoles a limitar los descuentos ofrecidos a los clientes que desearan adquirir unidades del modelo Passat. Conforme a la Comisión, la práctica equivalía a un acuerdo de fijación de precios en contravención del art. 81.1 TCE. Aunque no estaba claro cuándo y hasta qué punto los comerciantes alemanes modificaron sus precios atendiendo a las llamadas del fabricante, la Comisión estimó que no era necesario investigar la conformidad para demostrar la existencia de un acuerdo⁸⁶. Interpretando las anteriores Sentencias en los casos AEG, Ford, BMW c. ALD y Volkswagen I como fundamento de su proposición, la Comisión estimó que, al menos en los casos que hacen referencia a sistemas de distribución selectivos, la conformidad se infiere automáticamente de la simple entrada del comerciante en la red de distribuidores del fabricante.

⁸³ *Ibidem*, p. 65.

⁸⁴ En ellos no se hace referencia alguna al bloqueo del comercio paralelo como objetivo de posibles reducciones de suministros.

⁸⁵ Además esta interpretación entraría en contradicción con la Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 141, ya comentada. Ver *supra* sección 4.C).

⁸⁶ Decisión 2001/711/CE de la Comisión, de 29 de junio de 2001, (COMP/36.693, Volkswagen II), *DOCE*, L 262/14, de 2 de octubre de 2001, p. 68.

El TPI rechazó la decisión de la Comisión, advirtiendo que se basa en una interpretación errónea de los precedentes citados⁸⁷. Contradiciendo a la Comisión, el TPI confirmó que en el caso AEG el TJCE mantuvo expresamente que los distribuidores habían dado su conformidad a las acciones anti-competitivas del fabricante⁸⁸. Por lo que respecta al caso Ford, el TPI indicó que la cuestión no era si los concesionarios habían dado su conformidad a la circular enviada por Ford porque estaba claro que la habían cumplido a pesar de sus protestas⁸⁹. Para el TPI tampoco cabe asimilar la situación en Volkswagen II al caso BMW c. ALD, ya que la cuestión en litigio en éste no era tanto si se había llegado a un acuerdo entre BMW y sus concesionarios sobre el contenido de la circular que BMW había enviado a éstos, sino si tal requerimiento, que se presumía aceptado y que, por tanto, tenía naturaleza de acuerdo conforme al art. 81.1 TCE, entraba en la regulación aplicable a las exenciones. Finalmente, en el caso Volkswagen I la aquiescencia de los concesionarios no derivaba automáticamente de la existencia de un acuerdo previo de distribución exclusiva, sino del hecho de que los comerciantes italianos habían llevado a debido efecto las iniciativas del fabricante en cuanto a rehusar la venta a clientes extranjeros⁹⁰. Frente a esta situación, en el caso Volkswagen II no constaba que las advertencias del fabricante respecto a precios hubiesen sido instrumentalizadas en la práctica.

En el caso Volkswagen II, el TPI ha recortado el sobredimensionado y cuestionable concepto de que la firma de un acuerdo de distribución selectiva implica, de forma irrefutable y categórica, la aceptación tácita de futuras variaciones ilegales de tal acuerdo⁹¹. El TPI admite la posibilidad de estimar una variación contractual como aceptada por anticipado a la firma de un acuerdo legal de distribución o concesión, siempre que se trate de una evolución legal contractual «que bien se halle prevista en el contrato, bien sea una evolución que el concesionario no pueda rechazar, habida cuenta de los usos comerciales o de la normativa»⁹². Por el contrario, la conformidad con una variación contractual ilegal requiere que la otra parte tenga conocimiento de la evolución que el fabricante pretende⁹³. En resumen, la Sentencia del TPI en Volkswagen II confirma la posición ya expresada por el Tribunal de Justicia en Adalat de que la mera existencia concomitante de un acuerdo neutral y una medida restrictiva impuesta unilateralmente no equivale a un acuerdo ilegal⁹⁴.

⁸⁷ Sentencia del TPI de 3 de diciembre de 2003, Asunto T-208/01, Volkswagen AG c. Comisión (Volkswagen II), pendiente de recopilación.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 38 haciendo referencia en particular a la exclusión de distribuidores cualificados, pero reacios a seguir la política de precios fijada por AEG.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 51.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁹¹ *Ibidem*, p. 55.

⁹² *Ibidem*, p. 45.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p.141. Asimismo, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) siguió un razonamiento similar en su Resolución de 17 de enero de 2002, Asunto R 510/01, Fujifilm.

5. CRITERIOS PARA PROBAR LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO

Básicamente, a tenor de la jurisprudencia, existen dos caminos distintos para probar la existencia de un acuerdo conforme al art. 81, aunque ambos pueden aplicarse cumulativamente. La primera posibilidad consiste en demostrar que la práctica en cuestión cae dentro de una relación comercial continuada regulada por un acuerdo preexistente. Si tal nexo queda establecido, la parte que alegue la existencia de un acuerdo quedará exonerada de probar que la conducta particular que ha dado lugar al litigio es el núcleo de un acuerdo autónomo. En segundo lugar, cuando tal acuerdo previo no existe, o se trata de un contrato concomitante pero neutral desde el punto de vista de la legislación reguladora de la competencia, el único medio posible para demostrar la existencia de un acuerdo será demostrar la existencia de un encuentro autónomo de voluntades. En relación con esta segunda familia de casos hay, a su vez, dos caminos alternativos posibles para cumplir el requisito legal. Por una parte, el acuerdo autónomo puede haber sido expresamente concluido, como ocurre, en particular, en el caso en el que ambas partes han expresado sus intenciones concurrentes por medio de estipulaciones escritas. Por la otra, cuando falta una declaración expresa (escrita u oral) de una o de ambas partes, aún se puede deducir la existencia de acuerdo por la conducta que se siga y las circunstancias que la acompañen, lo que puede indicar conformidad tácita. En los restantes apartados analizaré las diferentes posibilidades bosquejadas para confirmar la existencia de un acuerdo, poniendo énfasis, en particular, en los indicios aplicables a los supuestos de contratos autónomos concluidos tácitamente.

A. CONDUCTA UNILATERAL EN EL CONTEXTO DE UN CONTRATO PREESTABLECIDO DE LARGA DURACIÓN

Según el TJCE «(e)l mero hecho de que existan de manera concomitante un acuerdo, en sí mismo neutro, y una medida restrictiva de la competencia impuesta de manera unilateral no equivale a un acuerdo prohibido por dicho precepto»⁹⁵. Se expresa así una distinción entre, por un lado, aquellos casos en los que la medida restrictiva puede ser adecuadamente considerada como parte del acuerdo general preexistente y, por otro, supuestos en los que, a pesar de la existencia de un acuerdo concomitante, la medida impugnada sigue siendo puramente unilateral. Sólo en el primer grupo la parte recurrente queda relevada de tener que probar los elementos de un acuerdo autónomo, y en particular la aquiescencia. Basándose en esta dicotomía, el Tribunal de Justicia distinguió el caso Adalat de sus anteriores sentencias en los casos AEG, Ford y BMW

⁹⁵ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 141.

Bélgica⁹⁶. Al fijar esta distinción, el TJCE pudo desestimar las alegaciones de la Comisión que equiparaban básicamente los contratos de distribución de larga duración suscritos entre Bayer y sus distribuidores franceses y españoles a los acuerdos de concesión y distribución selectiva vigentes en aquellos casos⁹⁷.

La cuestión que resta por determinar es si los fabricantes que optan por contratos de distribución tienen un margen más amplio de maniobra para adoptar medidas diferidas a la conclusión del acuerdo sin incurrir en las responsabilidades previstas en el art. 81 que aquellos que optan por esquemas selectivos de distribución. Para contestar esta pregunta es necesario distinguir entre el tratamiento de la distribución selectiva con anterioridad y posteriormente a la sentencia del TPI en el caso Volkswagen II. En dicho caso, la Comisión, siguiendo la línea señalada por las Sentencias AEG, Ford, BMW c. ALD y Volkswagen I, razonó que sería posible establecer una conexión entre una medida aparentemente unilateral y un acuerdo preexistente relacionado «*al menos en los casos referentes a distribución selectiva*»⁹⁸. Discutiblemente, este tratamiento desfavorable de la distribución selectiva estaría justificado por la aventurada previsión de que la admisión de un comerciante en una red de distribución selectiva determina la adhesión automática del minorista a la política aparentemente unilateral seguida por el fabricante⁹⁹. Como ya se ha expuesto con anterioridad, en el caso Volkswagen II, el TPI ha razonado que de la aceptación de un acuerdo legal de distribución selectiva no puede deducirse que se haya aceptado cualquier variación ilegal del mismo hecha por el fabricante. Por lo tanto, la distribución selectiva parece estar en pie de igualdad con cualquier otra clase de convenios, al menos por lo que se refiere al establecimiento de un acuerdo de los contemplados por el art. 81¹⁰⁰. En resumen,

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 105-110 y 144-146. Ver también Decisión 91/50/CEE de la Comisión, de 16 de enero de 1991 (IV/32.732, Ijsselcentrale), *DOCE*, L 28/32, de 2 de febrero de 1991, p. 41; Decisión 86/506/CEE de la Comisión, de 25 de septiembre de 1986 (IV/31.143, Peugeot), *DOCE*, L 295/19, de 18 de octubre de 1986, pp. 24-25.

⁹⁷ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, pp. 134-137.

⁹⁸ La postura de la Comisión se encuentra reflejada en la Sentencia del TPI en Volkswagen II, *cit.*, p.47.

⁹⁹ Este extremo se encuentra confirmado en las Sentencias el Tribunal de Justicia y del TPI en Adalat, *cit.* (ver pp. 144 y 170, respectivamente).

¹⁰⁰ Por el contrario, la distribución selectiva aumenta los riesgos de que la empresa infrinja el Derecho de la competencia en situaciones tales como la ilustrada en Javico. Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998, Asunto C-306/96, Javico International y Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP), *Rec.*, 1998, p. I-1983. Ver también T. HAYS, «The EU Competition Law Implications of Agreements to Keep Parallel Imports out of the EEA», *Singapore J. of Legal Stud.*, 2001, p. 196, notas 51 y ss. En Javico el Tribunal de Justicia sentenció que la imposición de cláusulas contractuales sobre los distribuidores autorizados para disuadir a éstos de participar en el comercio paralelo puede infringir el art. 81. La existencia de un acuerdo estaba más allá de toda duda y por ello el punto de discordia era si dicho acuerdo con distribuidores para terceros países afectaba de manera significativa a la competencia en el mercado único y el comercio entre Estados miembros. En este contexto, el uso de distribuidores selectivos en el mercado único incrementa la posibilidad de infringir el art. 81 porque, al tiempo que la prohibición contractual impide el comercio paralelo, esta forma de distribución contribuye a explotar a los consumidores europeos al mantener un nivel de precios alto. No obstante, para evitar problemas, cuando las mercancías en cuestión están protegidas por un

la parte que alegue el carácter bilateral de una medida restrictiva aparentemente unilateral sobre la base de la existencia de un acuerdo general precedente sólo estará en condiciones de obtener un resultado satisfactorio si: (1) tal medida unilateral es una variación contractual legal prevista en el contrato, o (2) se trata de una variación que, a la vista de la legislación vigente o de los usos reconocidos en el comercio, el comerciante no puede rechazar. Esta regla es aplicable independientemente de la naturaleza del acuerdo preexistente.

Finalmente, podría especularse sobre si la dicotomía entre acuerdos preexistentes relacionados y no relacionados, aun siendo impecable desde un punto de vista doctrinal, da lugar a excesivas diferencias en el tratamiento legal de los diferentes casos. No obstante, mejor que abordar una discusión formalista acerca de los principios de esta bifurcación básica y la adecuada definición de «acuerdo», sería flexibilizar el tratamiento de los acuerdos que afectan al comercio paralelo en aquellos casos en que su último propósito sea fomentar más que restringir la competencia favoreciendo la apertura de nuevos mercados y evitando la exportación de condiciones de regulación impuestas por un Estado miembro al resto de mercados nacionales ¹⁰¹.

B. PRUEBA DE UN ACUERDO AUTÓNOMO

Como ya ha sido explicado, la falta de un acuerdo preestablecido y relacionado obliga a la parte o partes que invocan el art. 81.1 a probar la conclusión, tácita o explícita, de un acuerdo autónomo.

a) *Estipulaciones escritas*

La existencia de un acuerdo autónomo puede deducirse, casi automáticamente, en aquellos casos en los que ambas partes han suscrito estipulaciones escritas concernientes a una conducta anticompetitiva (por ejemplo, casos BMW Bélgica ¹⁰² o WEA ¹⁰³). Por el contrario, cuando hay estipulaciones

derecho de propiedad intelectual o industrial un fabricante bien asesorado evitará recurrir a restricciones contractuales invocando su derecho de exclusiva para excluir la reimportación al Espacio Económico Europeo (EEE), ya que tales derechos no se agotan por una venta fuera del EEE.

¹⁰¹ Este argumento se desarrollará con mayor amplitud en las consideraciones finales.

¹⁰² Respecto a este caso y otros previamente citados ver la Sección 4.

¹⁰³ Vid. Decisión 72/480/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1972 (IV/26.992, WEA-Filipacchi), DOCE, L 303/52, de 31 de diciembre de 1972, en la que WEA, el sello discográfico, expidió cartas a sus distribuidores notificándoles la prohibición de exportar discos y pidiéndoles asimismo que firmaran y mandaran de vuelta la copia adjunta a esta circular. Interrogado por la Comisión el fabricante arguyó que el acuerdo descrito no había desplegado ningún efecto real y que nunca restringiría la competencia porque los intereses de los distribuidores eran distintos a los suyos y ningún juez podría nunca hacer ejecutar un contrato contrario al Derecho comunitario. Aunque la Comisión rebatió dicho argumento razonando que existía el riesgo de que algún juez ignorara este hecho.

escritas por parte del fabricante pero no por parte del distribuidor es necesario probar la aquiescencia de éste por otros medios¹⁰⁴. Finalmente, hay casos en los que ninguna de las partes ha realizado estipulaciones orales o escritas y es, por tanto, necesario probar la existencia de un acuerdo tácito por parte de ambas. En resumen, puede concluirse que la existencia de estipulaciones escritas es un elemento suficiente, pero excusable, en la prueba de la existencia de un acuerdo de los previstos en el art. 81.1.

b) *Conformidad tácita*

Siempre que falte la prueba de las estipulaciones expresas (escritas u orales) será necesario analizar la conducta de las partes para determinar si puede deducirse de la misma una concurrencia de voluntades. A este respecto se ha atribuido importancia a distintos factores que serán examinados a continuación.

i) Adopción por el fabricante de un sistema de control *a posteriori* y de sanciones

La aplicación de un sistema de monitorización y la imposición de sanciones se suelen discutir de forma conjunta con el propósito de establecer la existencia de una prohibición a la exportación. La razón reside en que la aplicación de sanciones requiere supervisión y controles *a posteriori*. Sin embargo, lo opuesto no es cierto, pues cabe que el fabricante inspeccione la circulación de sus mercancías sin propósitos sancionadores. Por lo tanto, en principio, los efectos sobre la competencia de la monitorización y de las sanciones han de ser analizados por separado.

De una parte, la simple instrumentalización unilateral de un sistema de control *a posteriori* debería ser considerada neutral o una simple evidencia circunstancial, insuficiente para establecer la existencia de un concierto de voluntades. Por el contrario, el intercambio de información sobre importaciones paralelas entre un fabricante y sus distribuidores ha sido considerado como infracción del art. 81¹⁰⁵. Teniendo en cuenta este

hubiera sido tal vez más correcto argumentar que el mero hecho de que el objeto de un acuerdo sea anticompetitivo es suficiente para hacerlo ilegal incluso cuando no despliega efectos.

¹⁰⁴ En tal caso, las referencias directas o indirectas al acuerdo de distribución favorecen el argumento de que al menos la parte invocante ha hecho estipulaciones escritas. Ver JAKOBSEN y BROBERG, *op. cit.*, p. 136, y referencias allí citadas.

¹⁰⁵ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion Française* c. Comisión («Pioneer»), Asuntos acumulados C-100 a 103/80, *Rec.*, 1983, p. 447, pp. 72-80. La filial británica de Pioneer compilaba información acerca del comercio paralelo a partir de los datos facilitados por toda la red europea de distribuidores locales. Asimismo, basándose en esta información, asignaba cuotas unilateralmente. El Tribunal de Justicia consideró que los intercambios de información constituían un acuerdo contrario al art. 81.

precedente, es sorprendente que un Real Decreto español de 2003 haya establecido la obligación para los mayoristas de productos farmacéuticos de informar al Ministerio de Sanidad y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas sobre la cifra de ventas nacionales y los destinos de los lotes de fármacos vendidos, facilitando de este modo a los fabricantes el establecimiento de contingentes unilaterales o, incluso, de un sistema dual de precios¹⁰⁶. Tal vez sea éste un supuesto en el que, en cumplimiento de la Sentencia Consorzio Industrie Fiammiferi¹⁰⁷, nuestras autoridades en materia de competencia tienen la obligación de no aplicar la legislación nacional, pues ésta requiere o facilita una actuación contraria al art. 81 o legitima o refuerza los efectos de la conducta anticompetitiva.

Por otra parte, conforme a lo sentenciado por el Tribunal de Justicia, la aplicación de medidas represivas por el fabricante no es condición ni necesaria¹⁰⁸ ni suficiente¹⁰⁹ para probar la existencia de un acuerdo. Sin embargo, la aplicación de sanciones por el fabricante conjuntamente con la continuación de las relaciones comerciales por sus clientes conduce, de modo indudable, al establecimiento de un acuerdo que encaja en el art. 81.1¹¹⁰. Aunque no exenta de problemas¹¹¹, esta posición es probablemente la correcta, dado que la adopción de un sistema de multas cambia los incentivos que gobiernan la conducta de los mayoristas. Aun cuando éstos decidan resistir, la conducta de un mayorista debe cambiar al menos para enjugar las pérdidas sufridas¹¹².

En el caso Tipp-Ex, el TJCE convino con la Comisión en que el fabricante había aplicado ambos: controles y sanciones. No obstante, en el caso Adalat, la Comisión y el TJCE tomaron en sus análisis diferentes caminos. Según la Comisión, Bayer había adoptado una política sistemática de controlar y sancionar a los mayoristas que se apartaban de la política secreta antiexportación adoptada por este fabricante, utilizando para ello la reducción de suministros¹¹³. Sin embargo, para el TPI tales reduccio-

¹⁰⁶ Real Decreto 725/2003, de 13 de junio de 2003, por el que se desarrollan determinados aspectos del art. 100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, BOE, núm. 152, de 26 de junio de 2003. La información es de libre acceso para los laboratorios permitiendo monitorizar el destino de los fármacos. Ver C. PRAT, «Comercio Paralelo: Un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del Derecho marcario y del Derecho antitrust», *Gazeta Jurídica*, 230, 2004, p. 41, señalando que esta disposición puede vulnerar los arts. 10 y 31 TCE.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-198/01. Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pendiente de recopilación.

¹⁰⁸ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, pp. 79, 83-85 y 89.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 83 puntualizando que «aunque la existencia de un acuerdo no se derive necesariamente del hecho de que exista un sistema de control a posteriori y de sanción, el establecimiento de un sistema de esta índole puede constituir, no obstante, un indicio de la existencia de un acuerdo» (la cursiva es mía)

¹¹⁰ A este respecto ver la discusión del asunto Tipp-Ex en la Sección 4.

¹¹¹ Ver *infra* nota 118 y el texto relacionado.

¹¹² Por ejemplo, en Tipp-Ex antes de poner fin a la relación comercial el fabricante retiró ciertos descuentos al distribuidor que facilitaba el comercio paralelo de sus productos.

¹¹³ Ver Decisión de la Comisión Adalat, *cit.*, p. 178.

nes no podían ser consideradas como sanciones, ya que los techos aplicados concordaban con las necesidades históricas de los mercados francés y español. Además, el TPI sentenció que la Comisión ni tan siquiera había probado que Bayer hubiera monitorizado de manera individual las exportaciones de cada uno de los mayoristas. En general, de acuerdo a la jurisprudencia, la monitorización se ve con mayor recelo cuando tiene un carácter individualizado quizás porque las posibilidades de detección de posibles desvíos son mayores y, por consiguiente, también lo son los incentivos de los distribuidores para atenerse a la política anunciada por el fabricante. Por el contrario, las sanciones impuestas no necesitan ser individuales y basta que sean algo más que meras reacciones generales¹¹⁴.

Hay una línea de separación muy tenue entre una reacción general y una sanción colectiva. De una parte, se deduce de la Sentencia Adalat que un fabricante puede restringir los suministros de forma individualizada y, no obstante, evitar la acusación de que está sancionando a sus distribuidores al apoyarse en factores objetivos (como pueden ser las necesidades históricas de aquéllos). De la otra, ha quedado claro desde la Sentencia Tipp-Ex que están estrictamente prohibidos los recortes en suministros impuestos para sancionar a los distribuidores resistentes. La consecuencia resultante tiene una doble vertiente: (1) para escapar a la obligación de imponer sanciones individuales el fabricante se abstendrá instintivamente de circunscribir la aplicación de la medida a aquellos distribuidores que suministren a los importadores paralelos; y (2) para evitar que se confunda con una sanción colectiva la medida de aplicación general habrá de articularse conforme a criterios objetivos.

El efecto sustantivo de la regla descrita será que, según las circunstancias, un fabricante no dominante será incapaz de negarse a suministrar (total o, incluso, parcialmente) o a retirar los acostumbrados descuentos y bonificaciones¹¹⁵. A primera vista este resultado parece borrar la separa-

¹¹⁴ Ver *supra* BMW Belgium, p. 9, donde el TJCE tuvo en cuenta las sanciones colectivas del fabricante contra sus concesionarios belgas. Ver también JAKOBSEN y BROBERG, *op. cit.*, p. 135.

¹¹⁵ Ver *supra* Tipp-Ex; ver también Sentencia del TPI de 21 de octubre de 2003, Asunto T-368/00, General Motors Nederland BV y Opel Nederland BV c. Comisión, pendiente de recopilación. En este último caso Opel ofreció bonificaciones en el marco de una campaña especial de promoción para determinados modelos. Sin embargo, el fabricante excluyó a la hora del cálculo de las bonificaciones las ventas destinadas al comercio paralelo argumentando que el propósito de la promoción era incentivar a los concesionarios a estimular la demanda local. Además, Opel argumentó que dicha limitación no impedía ni reducía en modo alguno los incentivos de los concesionarios para exportar vehículos. A pesar de estos argumentos, el TPI ha refrendado la decisión de la Comisión condenando la limitación del programa de bonificación a las ventas locales argumentando que crea una desventaja comparativa para las exportaciones. La sentencia del TPI ha sido recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia (DOCE, C 71/8, de 20 de marzo de 2004). Ver también Decisión 85/617/CEE de la Comisión, de 16 de diciembre de 1985 (IV/30.839, Sperry New Holland), DOCE, L 376/21, de 31 de diciembre de 1985, pp. 54-55, en la que la Comisión condenó la aplicación de un sistema de descuentos que requería a los distribuidores probar que no habían exportado a otros Estados miembros; ver también la Decisión 85/79/CEE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1984, IV/30.809, John Deere, DOCE, L 35/58, de 7 de febrero de 1985, que condena la imposición de plazos de pago más breves para las mercancías que se exportaran; Decisión 93/46/CEE de la Comisión, de 15 de diciembre de 1992 (IV/31.400, Ford Agrícola), DOCE,

ción entre los arts. 81 y 82 al imponer un deber de especial responsabilidad sobre firmas no dominantes. No obstante, la aplicación del art. 81 puede justificarse formalmente sobre la base de que existe un acuerdo cuando un fabricante condiciona la continuidad de la relación comercial al cumplimiento de una práctica restrictiva. Un ejemplo sería la adopción por un fabricante de un sistema según el cual las cantidades vendidas a un mayorista quedan reducidas en la cifra del número de unidades que éste no ha vendido a las farmacias de su mercado local. SUBIOTTO hace notar que el esquema descrito condiciona las ventas a la restricción de la exportación porque «*el mayorista obtendrá menos cuanto más exporte y no obtendrá nada cuando lo haya exportado todo*»¹¹⁶. En tales circunstancias puede razonarse que el mayorista ha dado su conformidad a las condiciones de comercio que el fabricante le ha impuesto, ya que el único camino para que el mayorista siga manteniendo relaciones comerciales con el fabricante será el de confinar sus ventas a las farmacias de su territorio¹¹⁷.

En general, el hallazgo de la existencia de un acuerdo de los previstos en el art. 81.1 en las sentencias comentadas en el párrafo precedente parece razonable. No obstante, lo que la jurisprudencia no explica es por qué estos acuerdos han de considerarse *per se* anticompetitivos, a pesar del hecho de que, en algunos casos, la protección territorial puede ser necesaria para proteger las inversiones en innovación y/o apertura de mercados en primer lugar. El caso a favor de la territorialidad es mucho más fuerte en situaciones en las que los precios no son establecidos por las leyes de mercado, sino por los Gobiernos¹¹⁸. En resumen, las reformas en el concepto de «acuerdo» deberían ir acompañadas por la adopción de una interpretación, más acorde con criterios económicos, sobre cuándo un acuerdo impide, restringe o distorsiona la competencia.

ii) Continuación de la relación comercial con el fabricante

En el caso Adalat, el TPI desestimó el parecer de la Comisión de que la simple negativa del mayorista a romper sus relaciones comerciales con el fabricante Bayer, después de que éste hubiese mostrado su intención de

L 20/1, de 28 de enero de 1993, que declara ilegal el cobro de un 5 por 100 suplementario sobre las mercancías objeto de exportación; Decisión 92/261/CEE de la Comisión, de 18 de marzo de 1992 (IV/32.290, Newitt/Dunlop Slazenger Int'l.), DOCE, L 131/32, de 16 de mayo de 1992, que declara ilegal la reducción de descuentos en mercancías exportadas que tenía por fin proteger al distribuidor exclusivo en el mercado importador; por último, ver Decisión 91/335/CEE de la Comisión, de 15 de mayo de 1991 (IV/32.186, Gosme/Martell-DMP), DOCE, L 185/23, de 11 de julio de 1991, en la que la Comisión condenó la práctica consistente en abolir todos los descuentos y términos preferenciales respecto a las ventas a la exportación.

¹¹⁶ R. SUBIOTTO, «The Legal Framework Applicable to Practices of Pharmaceutical Companies with respect to Parallel Trade», 2003, disponible en <http://www.cgsh.com>.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Ver I. S. FORRESTER, «The Repackaging of Trade Marked Pharmaceuticals in Europe: Recent Developments», *EIPR*, 11, 2000, p. 512, señalando que en dichas circunstancias la convergencia de precios no es posible incluso con importaciones paralelas masivas.

impedir las exportaciones, podía ser base suficiente para deducir su consentimiento y establecer la existencia de un acuerdo ¹¹⁹. Como ya ha quedado expuesto en el anterior apartado, hay una cierta tensión entre este razonamiento y el hallazgo de un acuerdo en el caso Sandoz, donde los clientes no se plegaron a la prohibición y simplemente continuaron solicitando pedidos del fabricante sin formular objeciones a la condición restrictiva que éste les imponía ¹²⁰. El Tribunal de Justicia ha superado este conflicto acentuando el hecho de que, en Sandoz, al contrario que en Adalat, el fabricante había emitido una prohibición a la exportación ¹²¹. La distinción es válida en términos legales debido a la conducta extremadamente cuidadosa e incluso hermética de Bayer. En consecuencia, para evitar problemas, los fabricantes que adopten un sistema de contingentes unilaterales deberán abstenerse de disuadir activamente a sus distribuidores de que ejerzan el comercio paralelo. La Sentencia Adalat merece a este respecto alabanza al evitar expandir aún más el concepto de «acuerdo» ¹²², si bien no queda claro el significado que habrá de darse a la expresión «activamente».

En resumen, la mera continuación de la relación comercial sólo es suficiente para deducir la aquiescencia de los clientes si va precedida por la imposición por el fabricante de una prohibición de exportación, como sería el caso concreto en que se aplica un régimen de sanciones. Tan pronto como se presente una prohibición a la exportación el TJCE, no obstante, no concederá importancia a las quejas o actos de resistencia de dichos clientes si éstos continúan haciendo negocios con el fabricante ¹²³.

iii) Intereses convergentes

La existencia de intereses comunes debe ser interpretada en un sentido amplio, incluyendo no sólo aquellos supuestos en los que el cumplimiento de un acuerdo produce un provecho económico a ambas partes (por ejemplo, caso AEG), sino también en los que los distribuidores dan su

¹¹⁹ p. 173.

¹²⁰ Ver *supra* Sección 4.

¹²¹ P. 142, enfatizando que fue en ese contexto en el que el TJCE interpretó la continuación de la relación comercial por parte de los mayoristas como aquiescencia por parte de aquéllos a la prohibición de exportar impuesta por el fabricante.

¹²² Ver *supra* nota 70 y el texto que la acompaña.

¹²³ En tal caso la conformidad de los clientes se presume *iuris et de iure* incluso cuando exista una conducta concomitante que aparentemente contradiga dicha aquiescencia. A favor de esta posición ver, Lidgard, *op. cit.*, p. 359. A primera vista se antoja artificial inferir la conformidad de los mayoristas si éstos erosionan la política restrictiva del fabricante de forma sistemática. Una posible justificación sería que las sanciones del fabricante tienen un efecto anticompetitivo que los mayoristas aceptan por el mero hecho de continuar la relación comercial. El problema de este argumento es que parecería lógico excluir al menos aquellos casos en los que los distribuidores presionados protestan ante la autoridad antitrust competente, ya que en tal caso no hay acción ni omisión de las que se pueda inferir la aquiescencia.

conformidad para evitar sanciones (casos Sandoz, Tipp-Ex o Ford). En el caso Adalat el Tribunal de Justicia sostuvo:

«Para que un acuerdo (...) pueda estimarse celebrado mediante una aceptación tácita, es necesario que la manifestación de voluntad de una de las partes contratantes con un objetivo contrario a la competencia constituya una invitación a la otra parte, ya sea expresa o implícita, para realizar en común dicho objetivo; con más razón aún cuando ese acuerdo no beneficia a primera vista, como ocurre en el presente asunto, a la otra parte, a saber, los mayoristas»¹²⁴.

De aquí se deduce que la existencia de intereses idénticos no es condición ni necesaria ni suficiente para inferir la existencia de acuerdo¹²⁵. Pese a ello, parece razonable interpretar que la observación del Tribunal de Justicia en el sentido de que cuando los intereses de ambas partes convergen claramente (como, por ejemplo, en el caso AEG) habrá más posibilidades para probar otros elementos decisivos (lo que no se da, por ejemplo en Adalat o Ford). En cualquier caso, la importancia de este clima favorable ha sido limitada por el propio Tribunal de Justicia en el sentido de mantener que la parte que alega la existencia de un acuerdo ha de probar la misma conforme a los estándares legales establecidos¹²⁶.

(iv) Carácter sistemático de la política

Como se ha observado anteriormente, en el caso Sandoz¹²⁷, el TJCE concedió importancia a la adopción por el fabricante de una política sistemática consistente en la inclusión de las palabras «prohibida la exportación» en cada factura entregada a los clientes italianos. Teóricamente, la adopción de una política sistemática sería una condición necesaria pero insuficiente para deducir la existencia de un acuerdo tácito. De una parte, sería condición necesaria porque cuando las manifestaciones de una conducta restrictiva son meramente anecdóticas y aisladas es difícil deducir de las mismas una declaración permanente de voluntad del fabricante. De otra, sería requisito insuficiente porque, aun cuando se produzca, debe ir

¹²⁴ P. 102 (la cursiva es mía).

¹²⁵ Ver también la p. 28 de la Decisión de la Comisión Johnson & Johnson antes calendada, así como las referencias citadas por BAI y la EAEP en el p. 114 de la Sentencia del Tribunal de Justicia en Adalat, *cit.* Esta postura contrasta con la defendida por el sector doctrinal representado por JAKOBSEN y BROBERG, *op. cit.*, nota 47 *in fine*, p. 138. Aun cuando la expresión «a primera vista» respaldaría la opinión de estos autores en el sentido de que la convergencia de intereses es un requisito indispensable para el establecimiento de un acuerdo, defiendo la interpretación alternativa porque entiendo que no puede descartarse *a priori* la existencia de casos de conducta irracional desde el punto de vista comercial y no hay motivo alguno por el que tales conductas deban quedar exentas del Derecho de la competencia si son dañinas socialmente.

¹²⁶ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 62.

¹²⁷ *Ibidem*, en particular p. 10.

acompañada por la correspondiente conformidad de los clientes. Sin embargo, el requisito se interpreta de modo más realista como factor innecesario, aunque suficiente, para probar el concierto de voluntades. La razón de esta interpretación es doble. Primero, la condición se declarará cumplida aun cuando las manifestaciones externas hayan sido esporádicas, por ejemplo, cuando el fabricante ha declarado su descontento con el comercio paralelo¹²⁸. Esta flexibilización es razonable, ya que las partes disputan un juego repetido en el que las interacciones en «rondas» previas pueden condicionar los resultados posteriores haciendo innecesario el carácter sistemático de la política del fabricante. Segundo, la sistematicidad de la práctica es *de facto* elemento suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo porque, una vez probado este elemento, la mera continuación de la relación comercial ha de ser interpretada como consentimiento.

La aplicación de todos los criterios mencionados a los casos más destacados en esta materia queda sucintamente expresada en la Tabla 2. Respecto a los factores analizados en los párrafos precedentes para deducir la existencia de un acuerdo tácito pueden formularse las siguientes proposiciones:

— La adopción por el fabricante de un sistema de monitorización y la mera continuación de la relación de negocios por los clientes son condiciones necesarias, pero insuficientes, para probar la existencia de un acuerdo tácito.

— La adopción de sanciones, conjuntamente con la continuación de la relación de negocios es una condición innecesaria, pero suficiente para probar la existencia de un acuerdo tácito.

— La adopción de una política sistemáticamente restrictiva junto con la continuación de la relación comercial es una condición innecesaria, pero en la práctica suficiente para probar la existencia de un acuerdo tácito.

— La existencia de intereses claramente convergentes es un mero catalizador que facilita la demostración (por la parte que alega) de otros elementos que prueben la existencia de un acuerdo tácito.

La sumisión *de facto* a las restricciones impuestas a la exportación por el fabricante es condición suficiente. Sin embargo, no es necesaria porque el art. 81 no lo requiere, dado que el objeto del acuerdo sería en cualquier caso anticompetitivo.

Desde el punto de vista del fabricante el art. 81 es una especie de espada de Damocles sobre las relaciones de los fabricantes con sus distribuidores, tanto en el país de origen de las importaciones paralelas, como en el de destino. Un fabricante puede ahora aplicar un sistema de cuotas

¹²⁸ Ver p. ej. Sentencia del TJCE AEG, *cit.*, pp. 45-46. Confrontar con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1986, Asunto C-75/84, Metro c. Comisión (Metro II), *Rec.*, 1986, p. I-3021, (p. 73), donde el TJCE respaldó la Decisión de la Comisión sentando que los casos aislados en los que SABA se había negado a admitir distribuidores en su red que cumplieran con los requisitos establecidos no justificaba retirar el beneficio de la exención bajo el art. 81.3. Ver también JAKOBSEN y BROBERG, *op. cit.*, pp. 133-134.

unilateralmente, pero para controlar el riesgo que aún representa el art. 81 debe tener en cuenta los siguientes puntos:

Para evitar acusaciones respecto a las relaciones con los distribuidores en el país de destino, el fabricante puede, a semejanza de Tipp-Ex en el mercado alemán, considerar la opción de integrar verticalmente las funciones de distribución de forma que constituyan junto a la fabricación una sola unidad económica exenta del art. 81.

El balón de oxígeno que para los fabricantes representa la Sentencia Adalat es aplicable sólo respecto a la prueba de un hipotético acuerdo tácito. Por ello, el fabricante no deberá informar en ningún momento a sus clientes expresamente (ni por escrito ni oralmente) de su intención de limitar el comercio paralelo de sus productos. Una declaración en este sentido aproximaría peligrosamente la situación a la del asunto Sandoz¹²⁹.

Respecto a anuncios posteriores, una buena estrategia sería la de emular a Bayer justificando siempre los contingentes unilaterales sobre una explicación neutra incluso cuando los clientes muestren incredulidad. Tras Adalat, es de esperar que las sospechas de los distribuidores sobre las verdaderas intenciones del fabricante junto a la continuación de la relación comercial se consideren pruebas insuficientes para inferir la existencia de un acuerdo.

El fabricante también debe evitar disuadir a los distribuidores de reexportar las cantidades suministradas a través de cualquier tipo de sanción, como, por ejemplo, la aplicación de cuotas aún más estrictas.

Además, es importante para el fabricante asegurarse de que la cuota nacional impuesta sobre los distribuidores es aplicada de forma no discriminatoria con el fin de evitar la acusación de que está aplicando un sistema de sanciones individuales¹³⁰.

Por último, para esquivar la acusación de que el sistema de contingentes unilaterales equivale a un mecanismo de sanción colectiva es importante observar tres puntos. Primero, conviene seguir el ejemplo de Bayer y basar las cuotas sobre datos objetivos como las cifras históricas de venta correspondientes a cada mercado. Segundo, es mejor no reducir los contingentes tanto que se drenen los canales de importación paralela totalmente, ya que haría más difícil probar que los distribuidores no han dado su conformidad a la práctica restrictiva. La existencia de un flujo mínimo sirve, pues, como prueba de que la otra parte no ha consentido. Tercero, es preferible reducir los suministros sólo una vez para evitar acusaciones de que los sucesivos recortes son en realidad sanciones.

¹²⁹ En este sentido, JAKOBSEN y BROBERG señalan que, al hacer públicas sus intenciones, el fabricante se cierra la puerta a tomar medidas posteriores que de otra forma podrían ser legales. *Op. cit.*, p. 135.

¹³⁰ Decisión 2003/675/CE de la Comisión, de 30 de octubre de 2002 (COMP/35.587, PO Video Games; COMP/35.706, PO Nintendo Distribution, y COMP/36.321, Omega Nintendo), *DOCE*, L 255/33, de 8 de octubre de 2003.

TABLA 2

Casos	Acuerdo conexo preexistente	Acuerdo autónomo										Acuerdo	
		Estipulaciones expresas		Factores que influyen en la inferencia de conformidad tácita						Cumplimiento de facto			
		α	β	Monitorización	Sanciones	Continuación de la relación comercial	Intereses convergentes	Política sistémica					
Adalat	No	No	No	Sí (?)	No	Sí	No	Sí	No	No	No	No	
Sandoz	No	Sí (?)	No	Sí	No	Sí	No	Sí	No	Sí	No	Sí	
Tipp-Ex	No	Sí (?)	No (?)	Sí	Sí	Sí	No	Sí	No	Sí	No	Sí	
AEG	Sí	-	-	-	-	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	-	Sí
Ford	Sí	Sí	No	Sí	No (?)	Sí	No	Sí	No	Sí	No	Sí	Sí
BMW Bel.	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí/No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
BMW Ald	Sí	Sí	No	Sí	-	Sí	Sí/No	Sí	Sí	Sí	Sí/No	Sí	Sí
Pioneer	No	No	No	Sí	Sí	Sí	Sí/No	Sí	Sí	Sí	Sí/No	Sí	Sí
vw 1	Sí	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí/No	Sí	Sí	Sí	Sí/No	Sí	Sí
vw 2	No	Sí	No	-	Sí	Sí	Sí/No	-	Sí	Sí	Sí/No	-	No

6. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha podido ver a lo largo de este trabajo, la práctica totalidad de la jurisprudencia sobre la noción de «acuerdo» atañe a intentos de bloquear el comercio paralelo de mercancías en el mercado único. No se trata de una coincidencia, ya que, precisamente, si la Comisión y el TJCE han interpretado el concepto de acuerdo y práctica concertada del art. 81.1 TCE en un sentido amplio, ha sido para evitar que empresas no dominantes y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación del art. 82 TCE puedan restringir el comercio paralelo.

Una parte significativa de estos casos conciernen, al igual que Adalat, a la reimportación de productos farmacéuticos. La razón es la existencia de grandes diferencias en los precios de los medicamentos entre los distintos Estados miembros. Diferencias que a su vez derivan de la vigencia de medidas legislativas dispares a nivel nacional sobre control de precios y reembolsos¹³¹. En esta situación en la que el comercio paralelo extiende las condiciones regulatorias menos benignas para el fabricante al resto del mercado interior, el fabricante y los reimportadores han jugado lo que podría denominarse «el juego del ratón y los gatos»: el fabricante ha tratado de parapetarse detrás de barreras jurídicas (tales como patentes, marcas o autorizaciones de comercialización específicas para fármacos) con el fin de evitar la erosión provocada por el comercio paralelo, pero, una tras otra, los reimportadores han conseguido derribarlas con la ayuda de la Comisión y el TJCE, dando en el camino origen a abundante jurisprudencia sobre el agotamiento comunitario de los derechos de patente y marca, así como prolijas normas sobre el reenvasado y reetiquetado de productos. En última instancia, los problemas se derivan del desequilibrio entre los escasos progresos legislativos para armonizar los diferentes sistemas de intervención de precios y la supresión sin paliativos de todas las barreras al comercio paralelo. La batalla librada en Adalat debe enmarcarse en el contexto de este largo conflicto.

Eliminada la posibilidad de acogerse a derechos oponibles *erga omnes* como los de propiedad industrial, los laboratorios sólo pueden recurrir a prácticas comerciales cuya legalidad se ha visto también cuestionada bajo los arts. 81 y 82 TCE. Tradicionalmente el concepto de «acuerdo» ha sido delineado de manera muy amplia. Esta generosa interpretación de lo que constituye un acuerdo se ha articulado de manera destacable sobre dos vertientes. En la primera, lo fundamental es el hallazgo de vínculos entre una práctica supuestamente unilateral del fabricante y un contrato neutro en vigor previamente concluido por el fabricante con sus clientes. La segunda vertiente se basa en la interpretación extensiva de los actos de los que se puede colegir la conformidad tácita de los

¹³¹ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia Adalat, *cit.*, p. 179. Ver Decisión Adalat, *cit.*, pp. 151-152.

clientes del laboratorio y que junto a la declaración previa, expresa o tácita, del último perfecciona un contrato autónomo. Si bien no modifica el concepto de acuerdo¹³², la Sentencia Adalat supone al menos un freno en la progresiva extensión de ambas líneas jurisprudenciales. De una parte, el TJCE sostuvo que la coexistencia de un acuerdo previo competitivamente neutro y una práctica restrictiva unilateral no basta para establecer la existencia de un acuerdo. De otra, el TJCE desestimó la posibilidad de interpretar la mera continuación de la relación comercial como un acto de aquiescencia por parte de los mayoristas cuando la conducta de éstos mostraba que no se habían plegado a las intenciones restrictivas del fabricante.

A raíz de la Sentencia Adalat muchos laboratorios notificaron a la Comisión sistemas consistentes en la aplicación unilateral de contingentes a los mayoristas. El resultado de este proceso de ajuste no está aún totalmente claro, por lo que sería precipitado hacer una valoración definitiva del mismo. Sin embargo, conviene destacar tres problemas. En primer lugar, un eventual estrechamiento del concepto de «acuerdo» más allá de lo concedido en Adalat podría, pese a solucionar algunas de las distorsiones existentes en el mercado farmacéutico, dar lugar a falsas exoneraciones en otros mercados. A modo de ejemplo de Derecho comparado, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo en el caso *Monsanto c. Spray-Rite*¹³³ que no podía inferirse la existencia de un acuerdo conforme al contenido de la sección 1 de la *Ley Sherman* del hecho de que un suministrador cancelase su relación con un distribuidor en respuesta a las quejas de un segundo distribuidor relativas a la rebaja de precios efectuada por el primero. La negación de la presencia de un acuerdo en *Monsanto*, pese a ser ésta clara, está en agudo contraste con la posición del TJCE¹³⁴ y tuvo como objetivo esquivar la aplicación de una muy contestada regla de ilegalidad *per se* respecto a la fijación vertical de precios mínimos¹³⁵. En otras palabras, la presencia de errores tipo 1 («falsas condenas») en la interpretación de lo que constituye una conducta colusoria anticompetitiva puede, como reflejo, causar errores tipo 2 («falsas absoluciones») en la definición de lo que constituye un acuerdo. El concepto de acuerdo debe de seguir siendo amplio para englobar todos los supuestos en los que haya efectos psicológicos, razón por la que debe evitarse esta estrategia de recortes sucesivos.

En segundo lugar, la ventana abierta en Adalat es insuficiente, dado que otras situaciones, sustantivamente equivalentes, están aún sujetas a condiciones draconianas bajo el art. 81 por el mero hecho de ser «acuerdos» y a pesar de que sus efectos no sean económicamente anticompetitivos. Se per-

¹³² Ver RUIZ VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 10.

¹³³ *Monsanto c. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 763, 104 S.Ct. 1464, 1470 (1984).

¹³⁴ Ver *supra* sección 4.C).

¹³⁵ Para un comentario más detallado y referencias a la doctrina *Colgate*, ver H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, St. Paul Minn., West Publ. 1999, § 11.4b.

petúa así el excesivo formalismo en la aplicación del art. 81 TCE al condenar sin previo análisis acuerdos tales como las obligaciones de aplicar un nivel de precios distinto en función del mercado al que se destinen los suministros (sistemas duales de precios) o las prohibiciones de exportar mercancías cuyo precio, no se olvide, no ha sido libremente determinado. En definitiva, el riesgo de que las «falsas condenas» bajo el art. 81 persistan respecto a prácticas económicamente equivalentes parece fundado.

Por último, en tanto en cuanto no se modifique el ámbito de lo que es «anticompetitivo», la contención del concepto de «acuerdo» en Adalat puede llevar a la Comisión y a los reimportadores a suplir este resquicio en el art. 81 invocando el art. 82 sobre la base de una definición más estrecha de los mercados relevantes afectados¹³⁶. La práctica actual está basada en la definición del mercado a partir del tercer nivel de la clasificación química anatómica terapéutica («ATC 3»). Siguiendo este criterio formal, en Adalat la Comisión encontró que Bayer exhibía una modesta cuota en los mercados de fármacos para tratar enfermedades coronarias e hipertensión. Sin embargo, recientemente, la propia Comisión ha abierto la posibilidad de estrechar el mercado relevante tomando en consideración segmentos inferiores en función de especificidades en la demanda¹³⁷. Pese a ello, en ocasiones se ha cuestionado con razón la posibilidad de encontrar una posición de dominio en un mercado como el farmacéutico sujeto a regulación de precios y en el que el respectivo sistema nacional de salud ejerce una gran influencia¹³⁸. Por otra parte, incluso cuando la posición de dominio pueda ser probada, conviene tener en cuenta que la negativa a suministrar la totalidad de los pedidos no constituye siempre un abuso de los previstos en el art. 82 TCE¹³⁹.

En conclusión, la solución definitiva al conflicto entre laboratorios y reimportadores pasa por reconocer la especificidad de la intervención

¹³⁶ El propio Tribunal de Justicia puede haber aludido a esta posibilidad al observar que el fallo no cuestiona la posible aplicación del art. 82 TCE ni otras posibles definiciones del mercado pertinente (p. 42).

¹³⁷ Ver Decisión de la Comisión de 27 de febrero de 2003 (COMP/M.2922, Pfizer/Pharmacia), DOCE, C 110/24, de 8 de mayo de 2003, pp. 15-17. Esta posibilidad marcaría una vuelta a mercados más estrechos como los utilizados en su día en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Asunto C-85/76, Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión, *Rec.*, 1979, p. 225. La utilización de criterios menos formalistas también estaría en línea con la actual práctica de la Federal Trade Commission en Derecho antitrust americano. Ver H. MORSE, «Product Market Definition in the Pharmaceutical Industry», *Antitrust L. J.*, 71:2, 2003, pp. 643-644.

¹³⁸ Ver Resolución del TDC de 5 de diciembre de 2001, Asunto R 488/01, DIFAR. Ver también, H. BROKELMANN, «Ausencia de posición de dominio en mercados farmacéuticos intervenidos y repercusiones para el comercio paralelo de medicamentos: Asunto DIFAR», *Cuadernos de Derecho Farmacéutico*, 2002, p. 30; A. J. DE MARTÍN MUÑOZ, «La negativa de suministro como supuesto antitrust (especial referencia al mercado de las especialidades farmacéuticas)», *Gazeta Jurídica*, 224, 2003, p. 59.

¹³⁹ Ver p. 180 Sentencia del TPI en Adalat citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, Asunto C-27/76, United Brands/Comisión, *Rec.*, 1978, p. I-207, pp. 182 a 191. En el momento de concluir este artículo está aún pendiente de decidirse la cuestión prejudicial planteada por la Epitropi Antagonismou en el Asunto C-53/03, SYFAIT c. GlaxoSmithKline AEB, DOCE, C 101/18, de 26 de abril de 2003.

regulatoria sobre los productos farmacéuticos. Tal reconocimiento no deberá hacerse modulando el concepto general de «acuerdo», sino reconociendo que determinadas prácticas comerciales, pese a ser «acuerdos» en el sentido del apartado primero del art. 81 TCE, no son anticompetitivas¹⁴⁰.

EL ALCANCE DEL SECRETO PROFESIONAL EN LAS INVESTIGACIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA (LA SAGA AKZO Y AKCRIS)

Alfonso Escorial Martínez
Magistrado del Tribunal

El 30 de octubre de 2003, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) dictó un Auto en el asunto Akzo y Akcris c. Comisión (el «Auto»), en el que declaró «finc una conducta formulada por Akzo Nobel Chemicals Ltd. («Akzo») y Akcris Chemicals Ltd. («Akcris») (los «Apeñados») para la adopción de medidas provisionales tendientes a evitar el uso por parte de la Comisión de sus serie de documentos incautados en el transcurso de una inspección in situ llevada por considerar que «se encuentran en contacto con el secreto profesional». Posteriormente, dicho Auto fue modificado parcialmente por una del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en respuesta a un recurso presentado por la Comisión.

El presente comentario realiza una exposición de los razonamientos de hecho en árbitros tribunales para analizar aspectos de tal asunto. En general, el alcance del secreto profesional en Derecho comunitario a la luz de los retos que plantea el Reglamento 1831 respecto al intercambio de información entre autoridades de competencia de Estados con determinación jurídica-respecto a más instancias.

I. LOS HECHOS CONTROVERTIDOS

En el mes de febrero de 2003, agentes de la Comisión investigaron las instalaciones de los Apeñados en el Reino Unido. En el transcurso de la investigación documental, los representantes de los Apeñados supli-

¹⁴⁰ «Acuerdo comercial» 2003/1/EU y 2003/2/EU.
La 12 de noviembre de 2004, asunto C-704/03, la Comisión presentó un recurso en

¹⁴⁰ Para una proposición reciente sobre esta necesaria reforma, ver P. REY y J. VENIT, «Parallel Trade and Pharmaceuticals: A Policy in Search of Itself», *E. L. Rev.*, 29, 2004, pp. 153-177.

EL ALCANCE DEL SECRETO PROFESIONAL EN LAS INVESTIGACIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA (LA SAGA AKZO Y AKCROS)

Álvaro PASCUAL MORCILLO
Abogado. Pérez-Llorca

El 30 de octubre de 2003, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) dictó un Auto en el asunto Akzo y Akcros c. Comisión (el «Auto»)¹, en el que resolvió sobre una solicitud formulada por Akzo Nobel Chemicals Ltd. («Akzo») y Akcros Chemicals Ltd. («Akcros») (los «Apelantes») para la adopción de medidas provisionales tendentes a evitar el uso por parte de la Comisión de una serie de documentos incautados en el transcurso de una inspección domiciliaria por considerar que se encontraban cubiertos por el secreto profesional. Posteriormente, dicho Auto fue anulado parcialmente por otro del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en respuesta a un recurso presentado por la Comisión².

El presente comentario realiza una exposición de las cuestiones debatidas en ambas instancias para analizar después, de una manera más general, el alcance del secreto profesional en Derecho comunitario a la luz de los retos que plantea el Reglamento 1/2003 respecto al intercambio de información entre autoridades de competencia de Estados con distinta tradición jurídica respecto a este instituto.

1. LOS HECHOS CONTROVERTIDOS

En el mes de febrero de 2003, agentes de la Comisión inspeccionaron las instalaciones de los Apelantes en el Reino Unido. En el transcurso de la investigación domiciliaria, los representantes de los Apelantes infor-

¹ Asuntos acumulados T-125/03 R y T-253/03 R.

² Auto de 27 de septiembre de 2004, Asunto C-7/04P(R). No existen versiones oficiales en español de los Autos, por lo que las citas se reproducen en inglés o, en su caso, en una traducción española no oficial.

maron a los agentes de la Comisión de que ciertos documentos (en concreto, cinco) estaban protegidos por el secreto profesional.

Ante la falta de acuerdo entre la Comisión y los Apelantes sobre el carácter confidencial de los documentos, se decidió agruparlos en dos categorías distintas.

En un primer grupo (que los Apelantes denominan «Grupo A»), se encontraban dos documentos. El primero de ellos era un memorando de dos páginas dirigido por el Director General de Akcros a uno de sus superiores. Según los Apelantes, el memorando contenía información confidencial recogida por el Director General en el transcurso de conversaciones internas con otros empleados, con el objeto de recibir consejo legal de un abogado externo en relación con el programa de auditoría de cumplimiento del Derecho de la competencia que había puesto en marcha Akzo. El segundo documento era una copia del primero, con notas manuscritas que se referían a contactos mantenidos con un abogado cuyo nombre se mencionaba expresamente.

Después de haber oído las explicaciones de los Apelantes, los oficiales de la Comisión no alcanzaron una conclusión definitiva sobre el carácter confidencial de los documentos del Grupo A, por lo que hicieron copias que introdujeron en un sobre sellado que se llevaron junto con los demás documentos incautados en la investigación.

En un segundo grupo (que los Apelantes denominan «Grupo B»), se encuentran los otros tres documentos litigiosos. El primero de ellos consistía en una serie de notas manuscritas del Director General de Akcros que, según los Apelantes, fueron redactadas en el transcurso de unas discusiones con varios empleados y utilizados para preparar el memorando del Grupo A. Los dos últimos documentos representan un intercambio de correos electrónicos entre el Director General de Akcros y el Coordinador de los asuntos de competencia de Akzo, el cual estaba inscrito en el Colegio de Abogados de Holanda y pertenecía además al Departamento Legal de Akzo, por lo que era un empleado de dicha empresa.

Después de haber oído las explicaciones de los Apelantes, los oficiales de la Comisión decidieron que los documentos del Grupo B no estaban protegidos por el secreto profesional, por lo que hicieron copias que, a diferencia de los documentos del Grupo A, no introdujeron en un sobre sellado.

Después de un intercambio de correspondencia con los Apelantes sobre el carácter confidencial de los documentos incautados, la Comisión denegó la solicitud de devolución de los documentos presentada por los Apelantes mediante Decisión de 8 de mayo de 2003 (la «Decisión»).

Ante esta situación, los Apelantes recurrieron la Decisión ante el TPI, y solicitaron medidas provisionales para suspender su operatividad y para que, en consecuencia, se ordenara a la Comisión conservar los documen-

tos del Grupo A en el sobre sellado, en el que se encontraban y guardar también los documentos del Grupo B en un sobre sellado, en espera de la resolución sobre el recurso principal. El caso objeto de la presente Nota comenta el Auto del TPI que resuelve este recurso.

2. CUESTIONES DEBATIDAS ANTE EL TPI Y EL TJCE

Como en cualquier otro procedimiento de medidas cautelares, el TPI entró a considerar si se daban las condiciones para la adopción de medidas cautelares: apariencia de buen derecho, urgencia y proporcionalidad o equilibrio de intereses.

A. APARIENCIA DE BUEN DERECHO

El TPI recordó, de entrada, que el Reglamento 17/1962 protegía la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente siempre que (i) dichas comunicaciones se realizaran con el propósito y en interés de la defensa del cliente y (ii) emanaran de abogados independientes, es decir, no ligados al cliente por una relación laboral (Sentencia AM&S)³. Ello abarca también las notas internas que reproducen el contenido de dichas conversaciones (Sentencia Hilti)⁴.

Sobre la apariencia de buen derecho, los Apelantes realizaron dos alegaciones principales, a saber: (i) los documentos incautados estaban protegidos por el secreto profesional (alegación que el tpi divide en dos, en relación con cada grupo de documentos) y (ii) la Comisión no respetó los principios de actuación de AM&S en relación con el procedimiento a seguir cuando rehusó entregar documentos en una investigación alegando que estaban protegidos por el secreto profesional.

a) *Protección de los documentos del Grupo A*

Los Apelantes alegaron que estos documentos estaban protegidos por el secreto profesional, aun cuando no constituían una comunicación con un abogado externo, sino memoranda redactados para tener una conversación con éste.

El TPI reconoció que *«esta alegación atrae cuestiones muy complejas relativas a la necesidad de extender, hasta cierto punto, el ámbito*

³ Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, AM&S c. Comisión, *Rec.*, 1982, p. 1575.

⁴ Auto del TPI de 4 de abril de 1990, Asunto T-30/89, Hilti Aktiengesellschaft c. Comisión, *Rec.*, 1990, p. II-163.

del secreto profesional tal y como lo delimita actualmente la jurisprudencia».

En este sentido, el TPI entendió que, para que un abogado pueda ejercer su función de manera plena y efectiva, puede ser necesario que el cliente prepare la información útil o indispensable para entender la naturaleza de los hechos para los que se requiere su asistencia⁵. Si la Comisión tuviese acceso a los documentos preparados con este fin, el derecho de defensa se vería irremediablemente vulnerado, ya que la Comisión dispondría de información inmediata sobre las opciones de defensa de que podría valerse la empresa investigada⁶. Por tanto, el TPI concluyó que se entienden protegidos por el secreto profesional aquellos documentos preparados por una empresa con la *única* finalidad de facilitar a su abogado externo la información necesaria para obtener consejo legal en el marco del ejercicio de sus derechos de defensa.

Sentado lo anterior, el TPI pasó a analizar si, en el caso concreto, los documentos del Grupo A, *prima facie* (dado que sólo se trataba de la adopción de medidas cautelares), reunían las características descritas y estaban, por tanto, protegidos por el secreto profesional.

De entrada, el TPI declaró que el hecho de que los documentos fueran preparados en el contexto de un programa de auditoría de cumplimiento del Derecho de la competencia no era suficiente para considerarlos, *prima facie*, protegidos por el secreto profesional. Dada su extensión, tales programas incluyen tareas que frecuentemente exceden las propias del ejercicio de los derechos de defensa. No obstante, en el presente caso el TPI consideró que existían indicios que demostraban que

— la *única finalidad* de tales documentos era la de *recopilar información para obtener asistencia legal*, como indicaban las notas sobre uno de los documentos relativas a una conversación telefónica con el abogado cuyo nombre, además, se citaba en ellas. El hecho de que los documentos no contuvieran una referencia expresa a que su objeto era

⁵ Fundamento 102: «*In order that a lawyer may effectively and usefully exercise his role of collaborating in the administration of justice by the courts with a view to the full exercise of the rights of the defence, it may prove necessary, in certain circumstances, for the client to prepare working or summary documents, notably for the purpose of gathering the information which the lawyer may find useful, or indeed indispensable, in understanding the context, the nature and the scope of the facts in respect of which his assistance is sought. Furthermore, the preparation of such documents may prove particularly necessary in matters involving considerable and complex information, which is the case, in particular, of proceedings initiated with a view to imposing sanctions for infringements of Articles 81 EC and 82 EC.*».

⁶ Fundamento 104: «*If, in the context of investigations ordered under Article 14(3) of Regulation No 17, the Commission were able to copy working or summary documents prepared by an undertaking solely for the purpose of the exercise of the rights of defence by its lawyer, the consequence might prima facie be an irremediable impairment of the rights of defence of that undertaking, since the Commission would have evidence of such a kind as to provide it with immediate information on the defence options available to the undertaking. There is reason to conclude, therefore, that such documents are capable of being covered by professional privilege.*».

obtener consejo legal no era razón suficiente, según el TPI, para rechazar de plano que tuvieran tal objeto; y

— los documentos recogían hechos que, *prima facie*, eran susceptibles de justificar la consulta a un abogado y de estar relacionados bien con la investigación ya iniciada por la Comisión, *bien con otras investigaciones que los Apelantes pudieran razonablemente temer o prever*, por lo que el TPI entendió que dichos documentos fueron preparados *en el marco del ejercicio de los derechos de defensa*.

b) *Protección de los documentos del Grupo B*

En cuanto al primer documento de este grupo (las notas manuscritas utilizadas para preparar los documentos del Grupo A), el TPI entendió que merecían la misma consideración que los documentos del Grupo A. Por lo que se refería a los correos electrónicos intercambiados entre el Director General de Akros y el coordinador de los asuntos de competencia de Akzo —un abogado empleado por Akzo con carácter indefinido—, el TPI consideró que, en principio y de acuerdo con la jurisprudencia AM&S, no estaban protegidos por el secreto profesional.

Sin embargo, el TPI matizó una vez más la línea jurisprudencial seguida hasta la fecha afirmando que *«los argumentos expuestos por los Apelantes y los intervinientes⁷ suscitan cuestiones de principio que merecen una atención muy especial y que no pueden ser resueltas en el presente procedimiento de medidas cautelares»*.

Por una parte, el TPI admitió que los Estados miembros no reconocen unánimemente el principio de que las comunicaciones con abogados internos están protegidas por el secreto profesional. Además, según señaló el TPI, se debe evitar que la ampliación excesiva del ámbito del secreto profesional acabe facilitando que se produzcan situaciones en las que se oculten infracciones de las normas de competencia.

Por otra parte, el TPI recordó que la solución adoptada en AM&S se basó, en particular, en una interpretación de los principios comunes a los Estados miembros en el año 1982. Sin embargo, para el TPI, las pruebas aportadas por los Apelantes y los intervinientes tendían a demostrar que, al menos en algunos Estados miembros, se han adoptado normas destinadas a proteger las comunicaciones con un abogado empleado por una empresa con carácter indefinido, siempre que dicho abogado esté sujeto a determinadas reglas de conducta profesional⁸.

⁷ En este procedimiento solicitaron intervenir como interesados el Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos, la European Company Lawyers Association (ECLA), y el Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE).

⁸ Concluye el TPI (fundamento 126): *«The evidence therefore tends to show that increasingly in the legal orders of the Member States and possibly, as a consequence, in the Community legal*

En este contexto, el TPI declaró que el argumento de los Apelantes suscitaba importantes cuestiones de principio que sustentaban la apariencia de buen derecho, sin perjuicio de que, por su complejidad, debieran ser resueltas en el litigio principal. Su resolución deberá tener en cuenta, en particular: (i) la definición precisa del ámbito del Derecho que, en su caso, se reconozca; (ii) las normas comunitarias y nacionales aplicables a las profesiones de abogado y abogado de empresa; y (iii) las alternativas de hecho y de derecho de que disponen las empresas establecidas en Estados miembros que no permiten a los abogados de empresa ser miembros de un Colegio, con vistas a evitar regímenes distintos dentro de la Comunidad.

c) *Incumplimiento de los principios de actuación de AM&S*

Los Apelantes alegaron que, durante la investigación, los agentes de la Comisión tomaron posesión, echaron un vistazo rápido y comentaron entre ellos, durante unos minutos, el contenido de algunos documentos del Grupo A y del Grupo B, por lo que infringieron los principios de AM&S en cuanto al procedimiento a seguir en estos casos.

Como recordó el TPI, según la jurisprudencia AM&S, cuando una empresa se niega a entregar comunicaciones escritas con su abogado argumentando que están protegidas por el secreto profesional, debe facilitar a la Comisión elementos suficientes para demostrar que dichas comunicaciones reúnen las características necesarias para quedar protegidas por el secreto. Si la Comisión no queda satisfecha y considera que las comunicaciones no están protegidas, debe adoptar una decisión ordenando su entrega, permitiendo así a la empresa recurrir dicha decisión ante el TPI.

De lo anterior se deduce, según el TPI, que los agentes de la Comisión no pueden ni siquiera realizar un reconocimiento superficial («echar un vistazo» a los documentos controvertidos), ya que existiría el riesgo de que leyeran información protegida por el secreto profesional. Si insiste en acceder a los documentos, la Comisión debería adoptar una decisión intimando la entrega, permitiendo así a la empresa afectada obtener la tutela judicial frente al requerimiento de la Comisión. Por el contrario, si los agentes, sin consultar los documentos, simplemente hacen copias y las introducen en un sobre sellado, se evita el riesgo de una vulneración del secreto profesional y, al mismo tiempo, se permite

order, there is no presumption that the link of employment between a lawyer and an undertaking will always, and as a matter of principle, affect the independence necessary for the effective exercise of the role of collaborating in the administration of justice by the courts if, in addition, the lawyer is bound by strict rules of professional conduct, which where necessary require that he observes the particular duties commensurate with his status».

que la Comisión conserve cierto control sobre los documentos necesarios para su investigación. Por tanto, el TPI concluyó que, *prima facie*, la Comisión no observó los principios de actuación de AM&S en el presente caso.

B. URGENCIA

Tras concluir que existía apariencia de buen derecho para la adopción de medidas cautelares en relación con los dos grupos de documentos, el TPI pasó a evaluar si existía urgencia para adoptar dichas medidas.

En relación con los documentos del Grupo A, la Comisión alegó que si en la resolución sobre el litigio principal se determinase que la incautación de dichos documentos se hizo vulnerando el secreto profesional, no podría utilizarlos como prueba, por lo que no se produciría ningún daño a los intereses de los Apelantes. No obstante, el TPI consideró que se produciría otro tipo de daño, de carácter irreparable, no por el uso de los documentos, sino por el solo hecho de su revelación a la Comisión, por lo que admitió la urgencia de la medida cautelar consistente en impedir la apertura del sobre sellado⁹.

Por el contrario, el TPI consideró que no concurría urgencia en el caso de los documentos del Grupo B, puesto que su revelación ya era irremediable.

C. PROPORCIONALIDAD

Dado que no existía urgencia en relación con los documentos del Grupo B, el TPI continuó su análisis sólo en relación con los documentos del Grupo A.

En cuanto al equilibrio de intereses en juego en relación con la adopción de medidas cautelares, el TPI recordó que el interés de la empresa

⁹ Fundamento 167: «*On the other hand, the fact that the Commission would be unable to use the Set A documents as evidence would have no impact on the serious and irreparable harm which would result from their mere disclosure. The Commission's argument fails to take account of the particular nature of professional privilege. The purpose of professional privilege is not only to protect a person's private interest in not having his rights of defence irretrievably affected but also to protect the requirement that every person must be able, without constraint, to consult a lawyer (...). That requirement, which is formulated in the public interest of the proper administration of justice and respect for lawfulness, necessarily presupposes that a client has been free to consult his lawyer without fear that any confidences which he may impart may subsequently be disclosed to a third party. Consequently, the reduction of professional privilege to a mere guarantee that the information entrusted by a litigant will not be used against him dilutes the essence of that right, since it is the disclosure, albeit provisional, of such information that might be capable of causing irreparable harm to the confidence which that litigant placed, in confiding in his lawyer, in the fact that it would never be disclosed.*».

debe ser evaluado teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido de los documentos en cuestión. En este sentido, del examen de los documentos del Grupo A se desprendería que su revelación era susceptible de causar un daño serio e irreparable a los Apelantes. Por otra parte, también merece protección el interés de la Comisión —y, en general, el interés público— en que las investigaciones sean llevadas con la máxima celeridad. Ante ello, el TPI concluyó que debía prevalecer el interés de los Apelantes, ya que, si se desestimara su pretensión en el recurso principal, la Comisión podría tener acceso a los documentos del Grupo A. El hecho de que —como alegaba la Comisión— el retraso pudiera perjudicar la eficacia de su acción administrativa no podía prevalecer frente al secreto profesional, que es el corolario del derecho fundamental a la defensa.

D. EL AUTO DEL TPI Y EL RECURSO ANTE EL TJCE

A la luz de todas estas circunstancias, el TPI ordenó que la Comisión se abstuviese de abrir el sobre cerrado con los documentos del Grupo A y mandó que fuera custodiado por el Registro del TPI hasta la sentencia en el procedimiento principal, al tiempo que se limitó a tomar nota del compromiso de la Comisión de no permitir el acceso de terceros a los documentos del Grupo B.

La Comisión recurrió el Auto del TPI en la medida en que le ordenaba abstenerse de abrir el sobre cerrado con los documentos del Grupo A. El TJCE empezó recordando su jurisprudencia relativa a la necesidad de asegurar que la Comisión pueda decidir iniciar investigaciones sin que su decisión sea anulada, pues de lo contrario se impediría que recopilase las pruebas necesarias para fundamentar una eventual declaración de infracción. De igual modo, según el TJCE, se debe poner especial cuidado al anular una decisión de la Comisión que declara determinados documentos no protegidos por el secreto profesional.

Sentada esta premisa, el TJCE apreció que si finalmente se anulara la Decisión en el procedimiento principal, la Comisión no podría utilizar los documentos como prueba, por lo que consideró que la posibilidad de que se produjera un uso ilegítimo de los citados documentos era «*puramente teórica y, en cualquier caso, improbable*».

Por otra parte, el TJCE declaró que, aun cuando la mera lectura de los documentos del Grupo A pudiera afectar al secreto profesional, dicha circunstancia no es en sí suficiente para demostrar que se cumple el requisito de la urgencia. En el caso, la Comisión ya había ojeado los citados documentos, por lo que ya no existía ningún secreto que proteger. Ni siquiera el hecho de que la Comisión pudiera realizar un examen más detallado de los documentos si se le permitía abrir el sobre cerrado per-

mitía concluir, según el TJCE, que se daba el requisito de la urgencia. En virtud de todo ello, el TJCE anuló el Auto del TPI sobre este extremo, permitiendo así a la Comisión proceder a la apertura del sobre que contenía los documentos del Grupo B.

3. EN TORNO AL ALCANCE SUBJETIVO, OBJETIVO Y ADJETIVO DEL SECRETO PROFESIONAL

Antes de desgranar las distintas cuestiones suscitadas por el Asunto Akzo/Akros, debe recordarse que el Auto del tpi no resuelve de manera definitiva las distintas cuestiones que se plantean en relación con el secreto profesional como límite a la actividad investigadora de las autoridades de competencia. No obstante, sí encauza el tratamiento de estas cuestiones, por lo que es razonable pensar que, en la sentencia que decida sobre el fondo del asunto en el recurso principal, el tpi acabe confirmando lo que, de momento, sólo plantea como justificativo de la apariencia de buen derecho. Debe recordarse, además, que el tjce sólo se ha pronunciado sobre la falta del requisito de la urgencia, pero no sobre la apariencia de buen derecho resultante de las alegaciones de las partes. Cosa distinta es que, si la sentencia del tpi en el asunto principal es recurrida ante el tjce, éste acepte el cambio interpretativo propuesto por el tpi. Tendremos que esperar todavía algún tiempo para comprobarlo.

Por otra parte, como anunciábamos en la introducción, la importancia de estas cuestiones es, si cabe, mayor tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, cuyo art. 12 permite a la Comisión y a las autoridades nacionales de competencia, al aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado CE, *«procurarse entre sí y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial»*. En estas circunstancias, el desarrollo de una doctrina sobre el secreto profesional por parte de los Tribunales comunitarios debe convertirse en una prioridad, pues las diferencias en la concepción y alcance del instituto del secreto profesional en los distintos Estados miembros son todavía notables.

A. EL ELEMENTO SUBJETIVO: ESPECIAL REFERENCIA AL ABOGADO DE EMPRESAS

El TPI plantea que la evolución de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros pueda hacer necesario replantear la jurisprudencia AM&S en el sentido de ampliar el beneficio del secreto profesional a las comunicaciones remitidas a/o por un abogado empleado por la empresa con carácter indefinido, siempre que dicho abogado esté sujeto a determinadas reglas de conducta profesional.

La primera crítica que cabe hacer respecto a este planteamiento del tpi es que, contrariamente a lo que sugiere como premisa, lo cierto es que siguen existiendo divergencias significativas entre los Estados miembros en cuanto a la extensión del secreto profesional a las comunicaciones con abogados de empresa. Este hecho ha sido reconocido tanto por los partidarios¹⁰ de la extensión del ámbito subjetivo del secreto profesional sugerido por Akzo/Akcros como por sus detractores¹¹. En la mayoría de los ordenamientos que sólo reconocen el beneficio del secreto a las comunicaciones con un abogado externo, la razón que suele guiar esta limitación reside en la independencia del abogado externo, cualidad que no se presupone en el abogado de empresa, dada su relación de dependencia jerárquica respecto a su empleador.

Se argumenta también que la diversidad de funciones de los abogados de empresa (que, a veces, son secretarios y/o miembros de Consejos de administración) y la dificultad de distinguir estas funciones de las estrictamente relacionadas con el auxilio profesional sobre cuestiones jurídicas impide distinguir con facilidad qué documentos están cubiertos por el secreto y cuáles no. Sin embargo, es discutible que se niegue el beneficio del secreto a los abogados de empresa sólo por razones de facilidad en la inspección de documentos.

A favor de la equiparación de ambos tipos de profesionales a efectos del secreto profesional está el argumento de que el Reglamento 1/2003 requiere a las empresas llevar a cabo una auto-evaluación de sus conductas con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE. En estas circunstancias, del abogado de empresa, como conocedor de la industria y de la empresa en cuestión, es el mejor situado para realizar un análisis completo de dichas conductas. El hecho de que sus comunicaciones no estén protegidas por el secreto profesional puede hacer que dicho análisis no incorpore todos los elementos de hecho necesarios para la perfecta comprensión del mismo. Se argumenta también que la falta del beneficio del secreto profesional provoca que el consejo del abogado interno sea predominantemente oral, lo cual es altamente ineficiente a la luz del tamaño y complejidad de la empresa moderna.

B. EL OBJETO MATERIAL DEL SECRETO: LOS DOCUMENTOS PROTEGIDOS

El secreto profesional, tal y como ha sido configurado hasta ahora por la jurisprudencia comunitaria, sólo abarca aquellas comunicaciones que emanan de un abogado independiente. El Auto del TPI, por el contrario,

¹⁰ BURNSIDE y CROSSLEY, AM&S, *Akzo and beyond: legal professional privilege in the wake of modernisation*, disponible en www.ibanet.org.

¹¹ DEKEYSER y GAUER, «The new enforcement system for Articles 81 and 82 and the rights of the defence», *International Antitrust Law and Policy Proceedings*, Fordham Corporate Law Institute, 2004.

parece ir en la dirección de ampliar su protección a comunicaciones que emanan no del abogado, sino de la empresa. En concreto, el Auto plantea que los documentos preparados por una empresa internamente con la única finalidad de facilitar a su abogado externo la información necesaria para obtener consejo legal pueden estar protegidos por el secreto profesional.

Por otra parte, se sigue exigiendo que el intercambio de información entre abogado y cliente tenga lugar en el marco del ejercicio de los derechos de defensa, pero el TPI define este marco de manera muy amplia, incluyendo tanto procedimientos ya iniciados como aquellos que razonablemente la empresa pueda prever. El problema es de orden práctico, ya que puede ser difícil discernir, en el curso de una investigación, qué documentos han sido preparados en el marco de procedimientos para los que se ha requerido el auxilio de un abogado. En cualquier caso, el TPI tendrá que valorar también en su resolución sobre el fondo si los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros permiten inferir un acervo común a este respecto.

C. LOS ASPECTOS ADJETIVOS: EL PROCEDIMIENTO DE INCAUTACIÓN

En su Auto, el TJCE considera que las autoridades de competencia deben poder apreciar por sí mismas si el documento en cuestión es susceptible de estar protegido por el secreto profesional cuando las explicaciones dadas por la empresa no son suficientes, ya que, de determinarse posteriormente que los documentos están protegidos por el secreto, bastará con que dichas autoridades no los tengan en cuenta en su resolución final. Por ello, el TJCE confirma que el procedimiento de introducir los documentos litigiosos en un sobre cerrado es el adecuado en caso de duda (lo cual implica que previamente se hayan examinado someramente por la Comisión).

Por otra parte, el TJCE descarta así la tesis del TPI que considera que la vulneración del derecho de defensa se produce por la simple revelación, no por el uso de los documentos protegidos como elemento probatorio. En este sentido, no puede aceptarse el argumento de que una ojeada superficial a documentos posiblemente protegidos por el secreto profesional puede influir en el ánimo de la Comisión en el momento de decidir sobre la existencia de una infracción, incluso aunque formalmente no se tengan en cuenta dichos documentos si se declaran protegidos. En efecto, este argumento parte de una base equivocada, cual es la de asumir que una resolución puede estar fundada en hechos no recogidos en la misma. De ser así, la resolución sería fácilmente recurrible por falta de motivación, pues los hechos que sí estuviesen recogidos no deberían permitir llegar a la conclusión de la existencia de una infracción.

En este punto, el pronunciamiento del TJCE parece oponerse a la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en el único asunto en el que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión¹². En ese caso, cuyos hechos guardan cierta similitud con los que subyacen en los Autos objeto del presente comentario, se discutía si unas empresas denunciadas por supuestas prácticas restrictivas de la competencia debían atender el requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de entregar cierta documentación localizada por éste en el transcurso de una investigación domiciliaria, documentación que había sido preparada por las empresas en respuesta a un cuestionario elaborado por sus abogados externos.

Frente al argumento de las denunciadas de que la entrega al SDC de la documentación litigiosa, siquiera para «echar un vistazo» que permitiera comprobar si, habida cuenta de su naturaleza, podía considerarse amparada por el secreto profesional, no causaba a las empresas denunciadas un perjuicio irreparable, el TDC realizó una interpretación extensiva del secreto profesional que parece incompatible con la tesis defendida por el TJCE. En palabras del TDC, *«la confidencialidad, por razón de secreto profesional abogado-cliente, de la correspondencia intercambiada entre los abogados externos y las empresas hoy recurrentes, que es la cuestión de fondo de este recurso, ha de tener, en su caso, un carácter absoluto, no siendo posible, por ello, acudir a la vía que plantean las denunciadas, consistente en que puedan ser examinados dichos documentos reservadamente por el Servicio o por este Tribunal porque ello representaría un evidente contrasentido frente a su proclamado carácter confidencial, dejando vacío de contenido real el presente recurso, así como los ulteriores que pudieran formularse»*¹³.

Debe señalarse, no obstante, que en el momento de dictarse la resolución del TDC no existía el pronunciamiento del TJCE, por lo que es de suponer que la solución sería distinta de plantearse ahora una cuestión similar.

¹² Asunto R 508/02, Pepsi Cola/Coca-Cola, de 22 de julio de 2002.

¹³ DF cuarta.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA,
 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA,
 Y CONSEJO DE MINISTROS

TERCERA PARTE

1. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. Decretos de **RESOLUCIONES**

Y SENTENCIAS DICTADAS

En el presente capítulo se recogen los expedientes sancionados por el Servicio de Defensa de la Competencia en virtud de los arts. 1º y 2º de la Ley 268 de 1997 y que suscitan el punto 1.º de este anexo.

Las resoluciones han aumentado, pero lo que es más significativo es el importante incremento de las resoluciones restrictivas de efectos, después de cuatro años en los que fueron exclusivamente de carácter preventivo. Este incremento ha sido condicionado por la creación de la jurisdicción del número de asuntos sancionados.

A continuación se muestra el número de expedientes de la muestra de expedientes en el 100 por ciento de los años del 1997 al 2004, del origen del primer expediente (denuncia, de oficio o autoritativo), y el total de asuntos sancionados que han crecido en el 100 por ciento.

Cuadro 1er. Expedientes de expedientes (valores absolutos)

Año	Núm. expedientes	Denuncia	De oficio	Autoritativo	Total de expedientes
1997	24	24	0	0	24
1998	59	40	8	11	101
1999	70	50	10	9	111
2000	106	74	10	22	114
2001	112	90	9	13	141
2004	111	94	5	12	148

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA Y CONSEJO DE MINISTROS

1. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. ENTRADA DE EXPEDIENTES

En el año 2004 se frena, después de seis años consecutivos, el descenso en el número de entradas de nuevos asuntos en el SDC, aunque estamos todavía muy lejos de los 268 asuntos de 1997 y que marcaron el punto culminante.

Las denuncias han aumentado, pero lo que es más significativo es el importante incremento de los expedientes iniciados de oficio, después de cuatro años en los que fueron inexistentes o casi inexistentes. Estos incrementos han compensado con creces la disminución del número de autorizaciones.

A continuación se muestra la evolución de la entrada de expedientes en el SDC con indicación del año; del saldo inicial; del origen del nuevo expediente (denuncia, de oficio o autorizaciones); y el total de nuevos expedientes que han entrado en el SDC:

Cuadro 1a: Entradas de expedientes (valores absolutos)

<i>Año</i>	<i>Saldo inicial</i>	<i>Denuncia</i>	<i>De oficio</i>	<i>Autorizaciones</i>	<i>Entradas de expedientes</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

Año	Saldo inicial	Denuncia	De oficio	Autorizaciones	Entradas de expedientes
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	52	0	16	68
2004	64	75	8	8	91

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)

Año	Denuncia	De oficio	Autorizaciones
1995	54,40	8,20	37,30
1996	66,20	8,20	25,40
1997	79,80	5,20	14,90
1998	76,40	6,20	17,20
1999	79,20	4,90	15,80
2000	77,90	2,40	19,70
2001	77,90	0,80	21,30
2002	73,70	2,10	24,20
2003	76,80	0,00	23,20
2004	82,42	8,79	8,79

B. SALIDA DE EXPEDIENTES

El número de expedientes que ha concluido el SDC en el año 2004 ha disminuido sensiblemente después de la recuperación del año anterior

(118 en 2003 frente a los 80 de 2004). De hecho, el año 2004 marca la cifra más baja de expedientes finalizados por el SDC desde el año 1992. Este dato no se puede explicar en base al número de expedientes remitidos a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia. En el año 2004, 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, 2 expedientes, ambos a la Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Catalunya. Estos dos expedientes están contabilizados en los cuadros siguientes en el apartado de archivos.

A continuación se muestra la evolución de la salida de expedientes con indicación del año; el contenido de la resolución del SDC, en función de si es de archivo (AR.), acumulación (AC.), sobreseimiento (SOB.), terminación convencional (CONV.) o enviados al TDC (TDC); y el total.

Cuadro 1c: Salidas de expedientes (valores absolutos)

Año	AR.	AC.	SOB.	CONV.	TDC	Total
1989	6	6	17	—	19	48
1990	26	6	5	—	52	89
1991	17	12	8	—	27	64
1992	39	20	21	—	31	111
1993	58	15	30	—	39	142
1994	59	2	19	—	68	148
1995	55	5	16	—	63	139
1996	79	13	24	—	66	182
1997	95	15	19	—	67	196
1998	119	10	30	—	53	212
1999	111	9	26	—	60	206
2000	82	6	27	0	51	166
2001	53	4	16	0	46	119
2002	39	4	17	0	42	102
2003	61	0	23	1	33	118
2004	42	3	15	0	20	80

A continuación, igual como se ha hecho con la entrada de expedientes, se presenta un cuadro donde se puede apreciar en los últimos diez años la labor del SDC desde una perspectiva porcentual. Como puede observarse, en el año 2004 los archivos siguen siendo la forma principal de finalización de expedientes. Si sumamos las decisiones de archivo a las 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 vuelve a disminuir 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)

Año	AR.	AC.	SOB.	CONV.	TDC
1995	39,5	3,5	11,5	—	45,3
1996	43,4	7,1	13,1	—	36,2
1997	48,4	7,6	9,6	—	34,1
1998	56,1	4,7	14,1	—	25,0
1999	53,8	4,3	12,6	—	29,1
2000	49,4	3,6	16,3	0,0	30,7
2001	44,5	3,4	13,4	0,0	38,7
2002	38,2	3,9	16,7	0,0	41,2
2003	51,7	0,0	19,5	0,8	28,0
2004	52,5	3,7	18,8	0,0	25,0

2. CONCENTRACIONES

El número de operaciones de concentración de empresas notificadas voluntariamente se ha recuperado en el año 2004 (94 notificaciones frente a las 79 del año 2003), después de haberse alcanzado el máximo histórico de 100 operaciones de concentración notificadas en el año 2002.

A continuación mostramos la evolución de la tramitación de expedientes en materia de concentraciones desde el año 1990, con indicación del número de expedientes notificados voluntariamente (E.NOT.), los iniciados de oficio (E.I.OFI.), los remitidos al TDC (E.TDC) y los previos a la iniciación de oficio (E.P.I.OFI.).

Cuadro 2a: Expedientes de concentración: total de notificaciones y número de expedientes remitidos al TDC (segunda fase del procedimiento)

Año	E.NOT.	E.I.OFI.	E.TDC	E.P.I.OFI
1990	8	0	3	0
1991	11	0	0	0
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	—
2004	94	—	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

Año	NOT	M.			CM.		
		AT.	Otras	RTDC.	op.	noop.	C.
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
2004	94	86	3 ⁽⁴⁾	5	0	1	4

(1) 2, desistimiento de las partes; 1, remisión a la Comisión, y 5, archivo.

(2) 1, remisión a la Comisión, y 1, archivo.

(3) 1, archivo de la notificación por desistimiento de las partes.

(4) 2, archivos por no tratarse de operaciones de concentración sujetas a control de la LDC, y 1, desistimiento de las partes.

2001	76	68	2	6	1	3	2
2002	100	83	8	9	0	6	3
2003	79	72	2	5	0	2	1
2004	94	86	3	5	0	1	4

Se indica junto al número de notificaciones (NOT), las partes que intervienen en las decisiones en la primera fase del procedimiento (M) y las acciones de las (AT), remisión al juez para que decida del número (M), y en su caso, en la segunda fase del procedimiento (CM), cuando concurre una resolución del Consejo de Ministros (CM); indican 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 la referencia a los dictámenes emitidos por el mismo en operaciones de concentración.

El mismo se refiere a las operaciones de concentración que se han sometido a control de la competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia.

Año	NOT	M.	CM.
2001	76	68	2
2002	100	83	8
2003	79	72	2
2004	94	86	3

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA *

1. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 2004 se ha recuperado el número absoluto de resoluciones dictadas por el TDC, aunque sin alcanzar las cifras de la década anterior. Tras el importante descenso de ese año 2001, con una disminución de 40 expedientes (casi un 40 por 100), el número de resoluciones parece tender a estabilizarse.

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. (ES.), expediente sancionador; (MC.), medidas cautelares; (AS.), autorización singular; (RAA.), recurso contra el archivo de actuaciones; (RSE.), recurso contra el sobreseimiento de expedientes, e incidentales (INC.), otras resoluciones no enmarcables en las anteriores categorías (OTROS); y el total por ejercicio.

Año	ES.	MC.	AS.	RAA.	RSE.	INC.	Otros ⁽¹⁾	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
2004	22	0	39	22	12	7	16	118

⁽¹⁾ La incorporación de la categoría OTROS a partir del año 2003 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 2004 se han incluido las informaciones disponibles en el servidor telemático del Tribunal de Defensa de la Competencia (<http://www.tdcompetencia.es>). En la fecha de entre-

La importancia relativa de los principales tipos de resoluciones son los siguientes:

	<i>ES.</i>	<i>MC.</i>	<i>AS.</i>	<i>RAA.</i>	<i>RSE.</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	16,97
2004	23,16	0,00	41,05	23,15	12,63

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>ES.</i>	<i>MC.</i>	<i>AS.</i>	<i>RAA.</i>	<i>RSE.</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	0,00	—
2002	21,00	1,68	36,14	34,46	6,72	0,00	—
2003	16,66	0,92	26,87	19,45	12,96	8,33	14,81
2004	18,64	0,00	33,05	18,64	10,17	5,93	13,56

A continuación, se presentan todas las resoluciones del TDC ordenadas por orden cronológico. Se hace expresa indicación de su fecha, del expediente, de la referencia nominal y de la materia sobre la que versa. Respecto a esta última distinguimos entre expediente sancionador (*ES.*), expediente de medidas cautelares (*MC.*), expediente de autorización singular

(AS.), recurso contra el archivo de actuaciones (RAA.), recurso contra el sobreseimiento de expedientes (RSE.) y aquellas dictadas de naturaleza incidental (INC.), otras resoluciones no enmarcables en las anteriores categorías (OTROS).

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
08-01-04	2339/01	553/03	FEDIFAR	ES.
19-01-04	1868/98	A 245/98	Morosos Sector Inmobiliario (Prórroga)	AS.
20-01-04	1789/98	R 514/02	Glaxo	RSE.
20-01-04	2474/03	A 338/03	Autorregulación Publicitaria FEBE	AS.
21-01-04	2178/00	R 575/03	Interflora/Tanatorios Tortosa	RSE.
23-01-04	2360/02	r 552/03	El Señor de los Anillos	RAA.
23-01-04	1861	A 243/98	Morosos Distribución Bebidas (Prórroga)	AS.
27-01-04	2389/02	r 566/03	Estaciones Servicio Galicia	RAA.
30-01-04	1696/99	A 56/93	Morosos Agencias Publicidad Aragón (Prórroga)	AS.
03-02-04	1016/93	A 57/93	Morosos Joyeros (Renovación)	AS.
06-02-04	1670	A 226/97	Morosos Alquiladores de Grúas (Prórroga)	AS.
09-02-04	964	A 48/93	Morosos Comerciantes Materiales de Construcción (Prórroga)	AS.
09-02-04	2454/03	r 582/03	Franquiciados Intermarché	RAA.
09-02-04	916/92	A 42/93	Morosos Hispalyt	AS.
10-02-04	2395/02	r 564/03	Distribuidora Peña Sagra	RAA.
10-02-04	1898/98	A 253/98	Morosos ANEXPA	AS.
11-02-04	2022/99	R 506/01	Distribuciones Farmacéuticas	RSE.
13-02-04	2358/02	556/03	Empresas Cárnicas	ES.
16-02-04		479/99	UNESPA (Resolución Incidental de Ejecución de Sentencia)	INC.
16-02-04	2378/02	559/03	Reses Bravas Aragón	ES.
17-02-04		r 599/03	Ambulancias Orense	RAA.
17-02-04	2491/03	A 341/03	Morosos AMASCAL	AS.
23-02-04		453/99	Expertos Inmobiliarios 3 (Resolución Incidental de Ejecución de Sentencia)	INC.
23-02-04		471/99	Odontólogos Córdoba (Resolución Incidental de Ejecución de Sentencia)	INC.
25-03-04		517/01	Iasist/3M/Sigesa (Incidente de Ejecución de Resolución)	INC.
26-02-04	1390/96	560/03	GRUPO FREIXENET	ES.
03-03-04	2447/03	r 601/03 v	Grandes Distribuidores Cine	OTROS
08-03-04		462/99	Autoescuelas Tenerife (Resolución Incidental de Ejecución de Sentencia)	INC.
10-03-04	1027/93	A 65/94	Morosos Publicidad Madrid	AS.

Fecha	Núm.	Exped.	Referencia	Materia
10-03-04	2406/02	r 571/03 v	Wall Street	OTROS
10-03-04	2292/03	r 570/03 v	Cerveza Canarias	OTROS
22-03-04		460/99	Veterinarios Ciudad Real (Incidente de Ejecución de Sentencia)	OTROS
25-03-04	1487/96	497/00	Seguros Médicos Ciudad Real (Resolución para Ejecución de Sentencia)	INC.
30-03-04	2431/02	A 329/02	Estadísticas Cerveceros	AS.
31-03-04	2311/01	r 587/03	Mercajerez I y acumulados	RAA.
01-04-04	2340/01	557/03	Astel/Telefónica	ES.
15-04-04	2430/02	r 604/03 v	Gas Natural/ENEGAS	OTROS
22-04-04	2507/04	A 345/04	Morosos Ocioreservas	AS.
22-04-04	2432/02	A 330/02	Distribución Selectiva Relojes Blancpain	AS.
22-04-04	2492/03	A 343/03	Derechos Propiedad Intelectual	AS.
26-04-04	2457/03	r 585/03 v	Euro 6000/Servired/4B	OTROS
26-04-04		r 569/03	Farmaindustria	RAA.
04-05-04	2069/99	R 573/03	Transitorios Península-Marruecos	RSE.
07-05-04		r 530/02	Abastecimiento Agua Fene	RAA.
10-05-04	2419/02	A 334/03	Acuerdo-Marco Propiedad Intelectual	AS.
13-05-04	2417/02	r 568/03	Floristerías Tanatorios Castellón	RAA.
17-05-04		A 90/94	Asistencia Técnica Vaillant	AS.
26-05-04	2069/99	561/03	Líneas Marítimas Estrecho 2	ES.
27-05-04	2404/02	566/03	Protésicos Dentales de Madrid	ES.
02-06-04		r 607/04	Productos Lácteos	RAA.
03-06-04	1618/97	484/00	Prensa Córdoba (Resolución para Ejecución de Sentencia)	OTROS
08-06-04	2434/02	r 580/03	Supermercados	RAA.
08-06-04	2343/01	564/03	Cofradía de Pescadores de Santa María de Sábada	ES.
08-06-04	2388/02	r 579/03	Diario <i>La Región</i>	RAA.
08-06-04	2376/02	R 574/03	Constructoras Las Palmas	RSE.
09-06-04	815/92	31/92	Distribución Selectiva Maquinaria Jardinería	AS.
10-06-04	2232/03	r 577/03	Weblisten/Universal	RAA.
11-06-04	1078	A 78/94	Morosos Transid	AS.
14-06-04	2490/03	A 347/04	Sistema Driver	AS.
18-06-04		A 33/92	Asnef-Equifax (Prórroga)	AS.
18-06-04		547/02	Gas Natural Alicante	ES.
21-06-04	2261/02	555/03	Líneas Marítimas Estrecho	ES.
21-06-04	2471/03	R 610/04	Panaderías Aranda de Duero	RSE.
25-06-04		A 346/04	Productos Lácteos	AS.
25-06-04	2381/02	A 320/02	Cinesa-Warner	AS.

<i>Fecha</i>	<i>Núm.</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Materia</i>
30-06-04	1954/99	341/93	Distribución Cosmeparf (Inadmisión de renovación de autorización)	AS.
01-07-04	1153/94	383/96	Fabricantes de Lencería (Incidente de Ejecución de Sentencia)	INC.
07-07-04	2338/01	552/02	Empresas eléctricas	ES.
12-07-04		r 615/04 v	Aviación Comercial	OTROS
19-07-04	1919/98	526/01	Certificados de defunción II (Resolución de ejecución de Sentencia)	OTROS
19-07-04	1097/94	A 85/94	Morosos Hoteles (Prórroga)	AS.
20-07-04	1952/99	A 258/99	Intersport	AS.
21-07-04	2392/02	562/03	Colegio Notarial Bilbao	ES.
21-07-04	2486/03	A 342/03	Vales de Comida	AS.
21-07-04	2500/04	A 344/04	Morosos Agencias Envío Dinero	AS.
22-07-04	2353/02	R 605/04	ASEMPRE/CORREOS	RSE.
22-07-04	2356/02	565/03	Materiales Radiactivos	ES.
03-09-04	2188/00	R 584/03	ACOSOL 2	RSE.
14-09-04	1128/94	A 96/94	Morosos Fabricantes de Yeso (Renovación Prórroga)	AS.
14-09-04	1946/99	A 260/99	Cosmopolitan /Gucci	AS.
15-09-04	2353/02	568/03	ASEMPRE/CORREOS	ES.
17-09-04		A 348/04	Franquicia General Óptica	AS.
20-09-04	2489/03	r 612/04	Agerull	RAA.
23-09-04	2317/01	567/03	Servicios Agua Tenerife	ES.
23-09-04	2473/03	r 603/03	Seguros Ciclomotores	RAA.
23-09-04	962/93	R 185/96	Radio Fórmula (Resolución Ejecución de Sentencia)	OTROS
27-09-04	1115/94	A 87/94	Morosos Material Eléctrico	AS.
28-09-04	2061/99	r 425/00	FERIARTE (Resolución para Ejecución de Sentencia)	OTROS
28-09-04	2430/02	r 624/04 v	Grupo Gas Natural (Auto de Inadmisión)	OTROS
28-09-04	1004/93	A 55/93	Morosos Sacos Papel	AS.
29-09-04		r 622/04 v	Asturcolchón/Tempur	OTROS
29-09-04		r 618/04 v	Taxistas Gran Canaria	OTROS
30-09-04	2446/03	r 590/03	Gestión de multas	RAA.
04-10-04	2295/01	570/03	Gas Extremadura	ES.
08-10-04	2337/01	r 598/03	Autoescuelas Extremadura	RAA.
13-10-04	1798/98	R 611/04	Spain Pharma/Glaxo	RSE.
15-10-04	1396/96	A 178/96	Shell España (Auto sobre solicitud de renovación de autorización)	AS.
19-10-04	2451/03	R 619/04	Técnicas Ganaderas	RSE.
26-10-04		r 623/04	UCOES/WARNACO	RAA.

Fecha	Núm.	Exped.	Referencia	Materia
02-11-04	2465/03	578/04	EKO-AMA MONDÁRIZ	ES.
11-11-04	2443/03	A 336/03	Intercambio Servicios Navieras	AS.
11-11-04	2517/04	r 621/04	Tele Pizza	RAA.
22-11-04	2480/03	r 620/04	Estibadores Cádiz	RAA.
22-11-04	2495/03	r 629/04	Salineras	RAA.
23-11-04	2347/02	569/03	Semillas de remolacha	ES.
29-11-04		r 631/04	SGAE/ASIMELEC	RAA.
01-12-04	2346/01	r 613/04 v	Estaciones de Servicio	OTROS
09-12-04	2294/01	R 627/04	Análisis Químicos Murcia 2	RSE.
13-12-04	2291/01	A 302/01	Morosos Experian Bureau (Modificación de la Autorización Singular)	AS.
14-12-04	1945/99	A 259/99	Morosos Vendedores de Pescado) (Renovación de Autorización	AS.
16-12-04	2420/03	R 609/04	Ediciones Musicales	RSE.
20-12-04	2436/02	573/03	WORLD/COM/AMENA	ES.
20-12-04	1088/94	A 81/94	Renovación Registro de Morosos Instrumentos Musicales	AS.
20-12-04	1150/94	A 106/94	Morosos Fabricantes Herramientas	AS.
21-12-04	2362/02	563/03	Panaderos de Burgos	ES.
21-12-04	2562/04	r 641/04 v	Unión Fenosa	OTROS
22-12-04	2435/02	572/03	UNI2 y WORLD/COM/VODAFONE	ES.
22-12-04	2421/02	571/03	Uni2/Telefónica Móviles	ES.

2. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El número de expedientes sancionadores que ha resuelto el TDC en el año 2004 ha aumentado respecto del año anterior para volverse a situar a los niveles de los años anteriores.

Como en los años anteriores, todos los expedientes sancionadores instruidos en el año 2004 han desembocado en resoluciones finales, pues todas las resoluciones incidentales dictadas este año son resoluciones incidentales de ejecución.

a) Resoluciones finales

El cuadro que sigue relaciona las resoluciones finales de expedientes sancionadores con indicación de su fecha; número de expediente con

indicación de su origen en virtud de denuncia o de oficio por la propia Administración; las conductas detectadas; la decisión del TDC acerca de sí se acredita (E.) o no se acredita (NE.) 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
08-01-04	553/03 Denuncia	Art. 1. Recomendación colectiva de FEDIFAR para uniformizar la respuesta de los mayoristas distribuidores a las propuestas de PFIZER.	E.	No multa	
13-02-04	556/03 Denuncia	Art. 1. Recomendación de diversas asociaciones del sector cárnico con el fin de unificar los comportamientos de sus asociados.	E.	10.000 € a cada una de las 3 asociaciones	
16-02-04	559/03 Denuncia	Art. 1. Contrato tipo para designar ganadero para prestar los servicios de alquiler de reses y fijar los precios mínimos por lesión.	Desistimiento		
26-02-04	560/03 Denuncia	Art. 7. Venta como «cava» de vino espumoso con un período de fermentación en botella inferior al establecido en Reglament de la DO Cava.	E.	No multa	
01-04-04	557/03 Denuncia	Arts. 6 y 82 TCE. Vinculación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competidores (Telefónica).	E.	57.000.000 €	
26-05-04	561/03 Denuncia	Art. 1. Concertación entre diversas empresas navieras para la aplicación de un política de precios homogénea y paralela, basada en descuentos comunes (Transmediterránea y otras).	E.	70.000 € a cada una de las 6 empresas imputadas	
27-05-04	566/03 Denuncia	Art. 1. Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Madrid: fijación de honorarios mínimos venta de precios al público.	E.	75.000 €	
08-06-04	564/03 Denuncia	Art. 1. Precepto de acuerdo de la Cofradía de Pescadores que limita la competencia en un sector en que la adquisición del producto se tiene que realizar a través de subasta.	E.	6.000 €	
18-06-04	547/02	Art. 1. Acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones receptoras individuales de gas natural en Alicante.	E.	300.000 € a la empresa suministradora de gas + 18.000 € a cada una de las 9 empresas instaladoras	
21-06-04	555/03 Denuncia	Art. 1. Concertación de precios entre diversas empresas navieras (Transmediterránea y otras)	E.	300.000 € cada una, a 4 empresas + 150.000 € cada una, a 2 empresas de menor tamaño	

Fecha	Exped.	Conducta	Dec.	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC
07-07-04	552/02 Oficio	Art. 6. Oferta de precios sustancialmente superiores a los costes con el fin de excluir a competidores del mercado (empresas eléctricas).	E.	901.518,16 € a cada una de las 3 empresas imputadas	
21-07-04	562/03 Denuncia	Art. 1: Acuerdos del Colegio Notarial de Bilbao que establecen un mecanismo compensatorio que afecta a la remuneración de los colegiados.	E.	No multa	
22-07-04	565/03 Denuncia	Art. 1. Acuerdo de precios entre empresas suministradoras de radiofármacos mediante concurso público a un Hospital.	E.	250.000 € a cada una de las 4 empresas imputadas	
15-09-04	568/03 Denuncia	Arts. 6 y 82 TDC. Contratación con varios clientes postales importantes, mediante el otorgamiento de descuentos, de la exclusiva para la prestación de servicios postales (Correos).	E.	15.000.000 €	
23-09-04	567/03 Denuncia	Art. 1. Concertación de los precios de compra de agua en la isla de Tenerife.	NE.		
04-10-04	570/03 Denuncia	Art. 6. Gas de Extremadura ha impuesto condiciones abusivas en el mercado conexo de las instalaciones de gas.	E.	450.000 €	
02-11-04	578/04 Denuncia	Art. 1. Fijación vertical de precios de venta al público (Aguas de Mondáriz Fuente del Val)	E.	90.000 €	
23-11-04	569/03 Denuncia	Art.1. Diversas asociaciones de agricultores acuerdan la limitación de los puntos de venta de la semilla de la remolacha.	E.	No multa	
20-12-04	573/03 Denuncia	Arts. 6 y 82 TCE. Presunto pinzamiento de precios entre el precio mayorista y los precios minoristas (Amena)	NE.		
21-12-04	563/03 Denuncia	Art. 1. Supuestos acuerdos de precios.	NE.		
22-02-04	572/03 Denuncia	Arts. 6 y 82 TCE. Supuesto abuso de posición de dominio en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas en sus redes móviles.	NE.		
22-02-04	573/03 Denuncia	Arts. 6 y 82 TCE. Supuesto abuso de posición de dominio consistente en una discriminación de precios.	NE.		

El análisis de estas resoluciones de expedientes sancionadores puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

Todos los expedientes sancionadores tienen origen en una denuncia, salvo uno de ellos (en el año 2003 dos de los 18 expedientes fueron incoados de oficio). Por tanto, sigue existiendo un claro dominio de los expedientes que tienen origen en una denuncia.

Cabe seguir llamando la atención sobre el dato que el TDC no siempre culmina el expediente declarando la concurrencia de la infracción consta-

tada por el SDC. En el año 2004, de un total de 22 resoluciones se considera en 5 que no existe acreditación.

En cuanto a las multas, cabe señalar, tras tres años consecutivos de descenso, un incremento notorio de su cuantía. Este incremento, no obstante, trae causa principalmente de la importante multa impuesta a Telefónica (57 millones de €) y de la multa impuesta a Correos (15 millones de €). Sin contar estas dos sanciones, el incremento no es tan notorio. Habrá, pues, que esperar para advertir si este cambio de tendencia va a seguir o es un hecho conyuntural.

Año	Multa 10.1 LDC	Multa 10.3 LDC	Total
1996	314.725.000 ptas.	10.350.000 ptas.	325.075.000 ptas.
1997	1.765.207.080 ptas.	0 ptas.	1.765.207.080 ptas.
1998	353.620.000 ptas.	0 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.	0 ptas.	2.759.200.000 ptas.
2001	375.715.000 ptas. + 4.598.137,41 €	0 ptas. 0 €	375.715.000 ptas. + 4.598.137,41 €
2002	5.053.330 €	0 €	5.053.330 €
2003	3.482.500 €	0 €	3.482.500 €
2004	78.737.554,48 €	0 €	78.737.554,48 €

b) Resoluciones incidentales

Fecha	Exped.	Petición	Decisión
16-02-04	479/99	Cumplimiento parcial (falta pago de multa) de Resolución confirmada mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento de lo que falta.
23-02-04	453/99	No cumplimiento de Resolución confirmada mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento (multa + publicidad).
23-02-04	471/99	No cumplimiento de Resolución confirmada parcialmente mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento (multa «reducida» + publicidad).
25-02-04	517/01	Supuesto incumplimiento de Resolución	Desestimación.
08-03-04	462/99	No cumplimiento de Resolución confirmada parcialmente mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento (multa «reducida» + publicidad).
25-03-04	497/00	No cumplimiento de Resolución confirmada mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento.
01-07-04	383/96	No cumplimiento de Resolución confirmada parcialmente mediante sentencia AN firme.	Se procede a acordar el cumplimiento (multa «reducida» + publicidad).

B. MEDIDAS CAUTELARES

En el año 2004 no hay ninguna resolución sobre medidas cautelares. En años anteriores este capítulo se mantenía a niveles mínimos.

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 2004 con los años anteriores, en función de la distinta entidad de la resolución: RES. FINAL (Resolución final sobre primera solicitud); SOL. PRO. (Solicitud de prórroga); MOD. AUT. (Modificación de autorizaciones anteriormente otorgadas); REV. (Revocación de autorización anteriormente otorgada):

Año	RES. FINAL	SOL. PRO.	MOD. AUT.	REV.
1997	39	2	9	1
1998	17	5	5	1
1999	23	19	0	0
2000	16	17	2	0
2001	9	9	2	0
2002	21	21	1	0
2003	13	16	0	0
2004	14	23	2	0

a) Resolución final sobre primera solicitud

El TDC ha dictado, en el año 2004, 14 resoluciones finales en expedientes de autorización singular.

El cuadro adjunto relaciona estas resoluciones con indicación de su fecha, su expediente; la conducta objeto de autorización, la decisión del TDC y, en su caso, el límite temporal de la autorización otorgada.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
20-01-04	A 338/03	Acuerdo de la Fed. Esp. de Bebidas Espirituosas por el que se establece la obligación de someter a un dictamen técnico previo y vinculante la publicidad de cierto tipo de bebidas alcohólicas.	Denegación de la autorización.	
17-02-04	A 341/03	Registro de morosos.	Autorización.	5 años.
30-03-04	A 329/02	Sistema de recopilación de datos estadísticos referentes a la fabricación y comercialización de cerveza.	Denegación de la autorización.	
22-04-04	A 345/04	Registro de morosos.	Autorización.	5 años.
24-03-04	A 333/03	Contrato tipo de distribución de productos de relojería (The Swatch Group España).	Autorización.	5 años.
22-04-04	A 343/03	Acuerdo de gestión y recaudación conjunta de derechos de propiedad intelectual.	Acuerdo amparado por la reserva legal del art. 2.1.	
10-05-04	A 334/03	Contrato marco relativo a la creación de una entidad gestora de derechos de propiedad intelectual para la elaboración de resúmenes de prensa.	Denegación de la autorización.	
14-06-04	A 347/04	Acuerdo de integración de establecimientos asociados en la red Sistema Driver Center.	No admisión a trámite. TDC no puede pronunciarse sobre si el acuerdo está exento por categoría.	
25-06-04	A 346/04	Elaboración y publicación del Índice trimestral de tendencias del mercado de productos lácteos en España.	Denegación de la autorización.	
25-06-04	A 320/02	Acuerdo de cooperación de servicios de alquiler de películas.	Autorización.	3 años.
21-07-04	A 342/03	Acuerdos para la constitución de una agrupación de interés económico que actúe con el carácter de centro de reembolso de vales de comida.	Autorización.	5 años.
21-07-04	A 344/04	Registro de morosos.	Autorización.	5 años.
17-09-04	A 348/04	Contratos de franquicia «General Óptica».	Denegar autorización para cláusulas exentas por categoría. Autorizar pactos no exentos por categoría.	5 años.
11-11-04	A 336/03	Empresas navieras: sistema de intercambio de billetes y espacios de carga y ordenación de horarios en el transporte de camiones.	Denegación de la autorización.	

A diferencia de los años precedentes, los registros de morosos no constituyen la principal materia sobre la que versan las resoluciones autorizatorias del TDC. También se caracteriza este año por el alto índice de resoluciones denegatorias, la mayoría de ellas por tratarse de una práctica contraria al art. 1 que no reúne los requisitos impuestos por el art. 3 para poder ser autorizada.

En el caso de las autorizaciones otorgadas, en casi todos los casos se dispone el plazo temporal de 5 años de duración.

El gráfico siguiente permite apreciar el distinto contenido de estas resoluciones en comparación con los siete 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>L. LDC.</i>	<i>EXP. SAN.</i>
1997	28	4	1	5	1
1998	10	2	1	4	0
1999	16	3	3	1	0
2000	9	2	0	5	0
2001	6	0	1	2	0
2002	13	4	1	3	0
2003	9	0	1	3	0
2004	7	7	0	0	0

Estos datos determinados en porcentaje ofrecen los siguientes resultados:

<i>Año</i>	<i>AUT.</i>	<i>N. AUT.</i>	<i>DES.</i>	<i>L. 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	0,00
1999	69,56	13,04	13,04	4,34	0,00
2000	56,25	12,50	0,00	31,25	0,00
2001	66,67	0,00	11,11	22,22	0,00
2002	61,90	19,05	4,76	14,29	0,00
2003	69,21	0,00	7,69	23,00	0,00
2004	50,00	50,00	0,00	0,00	0,00

b) *Solicitud de prórroga*

El TDC ha dictado más resoluciones de prórroga que de nueva autorización. La disminución de las solicitudes de prórrogas es cuantitativamente algo menor que la de nuevas autorizaciones. En concreto, ha dictado, en 2004, 23 resoluciones, que en su casi totalidad versan sobre registros de morosos (18 de las 23 resoluciones dictadas). En todos los casos de registros de morosos (salvo un desistimiento), el TDC ha concedido la prórroga, siempre para un plazo de 5 años. En los otros 5 casos no ha concedido prórroga por motivos parecidos, todos ellos relacionados con la entrada en vigor del nuevo Real Decreto 378/2002, que ha supuesto la aplicación de las nuevas normas comunitarias sobre restricciones verticales.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
19-01-04	A 245/98	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
23-01-04	A 243/98	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
30-01-04	A 56/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
03-02-04	A 57/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
06-02-04	A 226/97	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
09-02-04	A 48/93	Registro de morosos.	Desistimiento.	
09-02-04	A 42/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
10-02-04	A 253/98	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
10-03-04	A 65/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
17-05-04	A 90/94	Contrato-tipo de asistencia técnica de Vaillant.	Denegación de prórroga por incumplimiento de las obligaciones.	
11-06-04	A 78/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
18-06-04	A 33/92	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
30-06-04	A 341/93	Acuerdo de distribución selectiva de productos de perfumería de la marca Rochas.	Denegación por quedar exento por categoría con la nueva legislación.	
19-07-04	A 85/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
20-07-04	A 258/99	Contrato de adhesión y estatutos de la cooperativa Intersport.	Denegación por quedar exento por categoría con la nueva legislación.	
14-09-04	A 96/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
14-09-04	A 260/99	Acuerdo de distribución selectiva de productos de perfumería de la marca Gucci.	No admisión a trámite por quedar exento por categoría con la nueva legislación.	

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Límite temporal</i>
27-09-04	A 87/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
28-09-04	A 55/93	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
15-10-04	A 178/96	Contrato tipo de abanderamiento, compra en exclusiva y asistencia técnica comercial de Shell España.	Denegación de declaración de plano de la renovación. Es necesaria tramitación en el SDC para valorar incidencia nueva legislación.	
14-12-04	A 259/99	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
20-12-04	A 81/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.
20-12-04	A 106/94	Registro de morosos.	Prórroga.	5 años.

c) *Modificación de la autorización*

En el año 2004, el TDC ha dictado 2 resoluciones de modificación de una autorización existente.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
09-06-04	A 31/92	Contrato tipo de distribución selectiva de maquinaria de jardinería.	No admisión a trámite por quedar exento por categoría con la nueva legislación.
13-12-04	A 302/01	Registro de morosos.	Autorización.

3. RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como en anteriores años, las resoluciones del TDC relativas a recursos interpuestos contra actos del SDC (RAA. + RSE.) siguen siendo proporcionalmente las más numerosas (hay que tener en cuenta que hasta el año 2003 una parte de las resoluciones incluidas en este *Anuario* en la categoría de OTROS se incorporaba a la cifra de resoluciones RAA.).

A efectos de presentar las resoluciones, se distingue entre las que resuelven recursos contra el archivo de actuaciones, 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 22 en el ejercicio 2004. 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
23-01-04	r 552/03	Supuesta denegación de suministro de la película <i>El Señor de los Anillos</i> .	Desestimación.
27-01-04	r 566/03	Duración máxima de contratos de compra exclusiva en el sector de la venta al público de carburantes en Galicia. Comunidad de Madrid convocado por el INSALUD.	Desestimación.
09-02-04	r 582/03	Supuesta fijación a los franquiciados de precios de venta al público y de las condiciones de aprovisionamiento de productos.	Estimación.
10-02-04	r 564/03	Supuesta denegación de suministro en el sector de la venta de prensa.	Desestimación.
17-02-04	r 599/03	Supuesta denegación de entrada en la Agrupación de Ambulancias de Orense.	Estimación.
31-03-04	r 587/03	Supuesto pacto de comisiones de los vendedores de la Lonja de Puerto de Santa María.	Desestimación.
26-04-04	r 535/02	Denuncia de Farmaindustria contra diversos colegios de farmacéuticos.	Desestimación.
07-05-04	r 530/02	Supuesta práctica anticompetitiva del Ayuntamiento de Fene por denegación de dar de alta del suministro de agua a un nuevo propietario hasta que se abone la deuda del anterior propietario.	Desestimación.
13-05-04	r 568/03	Supuesta imposición a las floristerías de pago de determinadas cantidades en concepto de custodia, manipulación y exposición de adornos florales.	Estimación.
02-06-04	r 607/04	Supuestas prácticas anticompetitivas de la Asociación española de fabricantes de yogur y postres lácteos frescos (yogures pasteurizados <i>versus</i> los no pasteurizados).	Estimación.
08-06-04	r 580/03	Supuesto abuso de posición dominante de diversas empresas de grandes superficies por aplicar condiciones discriminatorias e imponer a sus suministradores un sistema de seguridad mediante etiquetas antihurto.	Estimación.
08-06-04	r 579/03	Supuesta ruptura unilateral de contrato de distribución de un diario e imposición de cláusulas abusivas en el contrato rescindido.	Desestimación.
10-06-04	r 577/03	Supuestas prácticas restrictivas en la negativa de otorgamiento de una licencia de reproducción de fonogramas.	Desestimación.
20-09-04	r 612/04	Supuesto abuso de posición de dominio en la distribución por el Grupo El Arbol Distribución y Supermercados en determinadas zonas de España.	Desestimación.
23-09-04	r 603/03	Supuesta recomendación colectiva que pudiera haber provocado un aumento importante del precio del seguro de responsabilidad civil de ciclomotores.	Desestimación.
30-09-04	r 590/03	Supuestos actos desleales que utilizan métodos engañosos para captar clientes.	Desestimación.
08-10-04	r 598/03	Supuesto acuerdo de fijación de precios en el sector de las autoescuelas de Extremadura.	Estimación parcial.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
26-10-04	r 623/04	Presunta negativa de suministro de ropa interior de la marca «Calvin Klein» para su comercialización.	Desestimación.
11-11-04	r 621/04	Denuncia de la Asociación de Franquiciadores de Telepizza a Telepizza, por presunta imposición de precios no equitativos.	Desestimación.
22-11-04	r 620/04	Acuerdo de Estigades que presuntamente impide la actividad de estiba y desestiba a algunas empresas.	Desestimación.
22-11-04	r 629/04	Denuncia de Unionsal contra diversas empresas del sector de la sal por presunta infracción art. 1.	Inadmisión por extemporáneo.
29-11-04	r 631/04	Denuncia contra SGAE y la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones por presuntas infracciones de los arts. 1 y 6.	Inadmisión por extemporáneo.

A continuación se puede apreciar respecto a los ocho 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	0
1999	32	6	1	1
2000	40	3	2	0
2001	16	9	0	1
2002	20	6	1	1
2003	10	8	2	1
2004	14	6	2	0

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	0,00
1999	80,00	15,00	2,50	2,50
2000	88,88	6,66	4,44	0,00
2001	61,54	34,61	0,00	3,85
2002	71,42	21,42	3,58	3,58
2003	47,62	38,10	9,52	4,76
2004	63,64	27,27	9,09	0,00

Respecto a los años anteriores, cabe observar una vuelta a la proporción más habitual de los años anteriores al 2003. Y ello a pesar de que desde el año 2003 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 SOBRESEIMIENTO DE EXPEDIENTES

En el año 2004, con 12 resoluciones, se frena la evolución a la alza de las resoluciones de recurso contra actos de sobreseimiento.

A continuación se relacionan estas resoluciones con indicación de su fecha, el número de expediente, la conducta cuestionada y la decisión del TDC:

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>
20-01-04	R 514/02	ASEPROFAR imputa a Glaxo presuntas conductas anticompetitivas consistentes en elementos discriminatorios en los contratos con los distribuidores españoles y negativas de suministro.	Desestimación.
21-01-04	R 575/03	Supuesto obstáculo de acceso a los tanatorios para determinadas empresas de floristería en Tortosa.ua a una urbanización.	Desestimación.
19-02-04	R 506/01	Supuesta negativa de suministro de productos en el sector farmacéutico.	Desestimación.
04-05-04	R 573/03	Supuestas prácticas anticompetitivas por parte de empresas navieras en la línea Cádiz-Casablanca.	Desestimación.
08-06-04	R 574/03	Denuncia a diversos Ayuntamientos por la cesión gratuita de suelo para la construcción de viviendas.	Desestimación.
21-06-04	R 610/04	Presuntas prácticas restrictivas por parte de diversas empresas panificadoras. El SDC acordó el sobreseimiento parcial respecto de algunas empresas.	Estimación para subsanar confusión entre empresas imputadas.
22-07-04	R 605/04	Presunto abuso de posición de dominio de Correos por la celebración de contratos con grandes clientes en los que se aplican grandes descuentos.	Estimación.
03-09-04	R 584/03	Presunta discriminación en la tasa de saneamiento en distintas urbanizaciones de la Costa del Sol.	Estimación.
13-10-04	R 611/04	Supuestas actividades para impedir las importaciones paralelas de España a otros países UE en el sector de los productos farmacéuticos y supuesta negativa de suministro.	Desestimación.
19-10-04	R 619/04	Supuestas cláusulas anticompetitivas en contratos de distribución exclusiva en el sector de material para ganaderos.	Desestimación.
09-12-04	R 627/04	Supuesta realización de análisis químicos por debajo del coste real.	Desestimación.
16-12-04	R 609/04	Denuncia contra SGAE por presuntas prácticas anticompetitivas.	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	0
1998	21	0	0	1
1999	5	3	0	0
2000	8	3	0	1
2001	7	2	0	1
2002	6	0	2	0
2003	12	2	0	0
2004	9	3	0	0

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	0,00
1998	95,45	0,00	0,00	4,54
1999	62,50	37,5	0,00	0,00
2000	66,60	25,00	0,00	8,33
2001	70,00	20,00	0,00	10,00
2002	75,00	0,00	25,00	0,00
2003	85,71	14,29	0,00	0,00
2004	75,00	25,00	0,00	0,00

Cabe advertir que el porcentaje de resoluciones desestimatorias sigue siendo claramente dominante.

4. CONCENTRACIONES

Se indican a continuación los 3 casos en que, durante el año 2004, el TDC ha emitido dictamen respecto de una operación de concentración.

<i>Exped.</i>	<i>Partes</i>	<i>Dictamen</i>
C86/04	DISA/SHELL	Con condiciones
C85/04	INTUR/EURO STEWART	Con condiciones
C84/04	BALEARIA/UMAFISA	Con condiciones

En resumen:

<i>Año</i>	<i>Oposición</i>	<i>No oposición</i>	<i>No oposición</i>	<i>Total con condiciones</i>
2000	4	4	7	15
2001	1	4	3	8
2002	0	4	3	7
2003	0	4	1	5
2004	0	0	3	3

<i>Año</i>	<i>Exped.</i>	<i>Partes</i>	<i>Tipos</i>	<i>Resolución</i>	<i>Resolución</i>
2000	15	DISA/SHELL	Exposición de motivos	Resolución de 15 de mayo de 2000	Resolución de 15 de mayo de 2000
2001	8	INTUR/EURO STEWART	Exposición de motivos	Resolución de 15 de mayo de 2001	Resolución de 15 de mayo de 2001
2002	7	BALEARIA/UMAFISA	Exposición de motivos	Resolución de 15 de mayo de 2002	Resolución de 15 de mayo de 2002
2003	5	DISA/SHELL	Exposición de motivos	Resolución de 15 de mayo de 2003	Resolución de 15 de mayo de 2003
2004	3	DISA/SHELL	Exposición de motivos	Resolución de 15 de mayo de 2004	Resolución de 15 de mayo de 2004

AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

CATALUÑA

En el año 2004, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC) ha adoptado sus primeras resoluciones.

A continuación se presentan todas las resoluciones del TCDC ordenadas por orden cronológico. Se hace expresa indicación de su fecha, del expediente, de la referencia nominal, del tipo de expediente, de la materia sobre la que versa y del contenido de la parte resolutiva.

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Tipo</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
25-02-04	RA 1/03	Gremio de Vendedores de Vehículos de Motor de Barcelona y Provincia.	Renovación de autorización.	Convenio de colaboración entre entidades aseguradoras y talleres de reparación.	Autorización por un período de 3 años.
03-03-04	2/03	Escuelas de esquí.	Recurso potestativo contra la admisión a trámite.	Supuesto abuso de posición de dominio en explotación de estación de esquí.	Desestimación.
10-03-04	RC 1/04	Colegio Oficial de Detectives Privados de Cataluña.	Recurso de alzada contra decisión de la DGDC de archivo.	Supuesta infracción del art. 1 por la exigencia de habilitación y de visado.	Estimación parcial.
21-07-04	3/03	Autoescuelas de Sabadell.	Expediente sancionador.	Acuerdo de fijación de precios.	Multas a las autoescuelas imputadas por un total de 177.000 €.
28-07-04	2/03	Escuelas de esquí.	Expediente sancionador.	Abuso de posición de dominio consistente en conceder privilegios a una escuela en detrimento de otras.	Multa de 3.000 €.
6-10-04	3/03	Electra Caldense - Endesa Distribución eléctrica	Expediente sancionador.	Abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada a la ampliación de potencia solicitada.	Multa de 120.000 €

AUDIENCIA NACIONAL

La Sección Sexta de la Audiencia Nacional, que conoce de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC, ha dictado 51 sentencias en 2004. Esta cifra supone una disminución de los recursos resueltos (en el año 2003 fueron 67), si bien manteniéndose en los niveles de los últimos años (46 sentencias en el año 2002 y 49 sentencias en el año 2001).

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>
11-01-2004	11-01-2001 Expediente sancionador	Art. 1: servicio centralizado de gestión administrativa del Colegio Gestores Administrativos Galicia. No hay habilitación legal a esta restricción.	Confirma Res. TDC.
14-01-2004	27-07-2000 Expediente sancionador	Art. 6: gestión de los derechos de propiedad intelectual. Difusión de música en habitaciones de hoteles. Tarifas no equitativas.	Confirma Res. TDC.
21-01-2004	01-04-2002 Expediente sancionador	Art. 1: acuerdo entre entidades bancarias sobre las condiciones de acceso a los medios de conexión para operar con tarjetas.	Confirma Res. TDC.
21-01-2004	05-01-2001 Expediente sancionador	Art. 1: reparto de mercado para las instalaciones de gas. Art. 6: posición de dominio en mercado conexo. Abuso.	Confirma Res. TDC.
21-01-2004	14-12-2000 Expediente sancionador	Art. 1: cláusulas limitativas de la libertad de honorarios y de la de publicidad. Administradores Fincas Sevilla y Huelva. Anula la multa.	Estimar parcialmente.
26-01-2004	18-02-1999 Resolución incidental	La suspensión del procedimiento por iniciarse otro a nivel comunitario no impide que éste se reanude posteriormente, si bien teniendo en cuenta lo decidido por las instancias comunitarias.	Confirma Res. TDC.
30-01-2004	03-06-1997 Expediente sancionador	Práctica de varias industrias lácteas consistente en elaborar y difundir una recomendación de precios.	Confirma Res. TDC.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
02-02-2004	18-1-2001 Expediente sancionador	Art. 1: exigencia de habilitación y pago de exacciones. Abogados Cádiz.	Confirma Res. TDC.
04-02-2004	10-10-2002 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio de diversos colegios de médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados.	Confirma Res. TDC.
06-02-2004	05-01-2001 Expediente sancionador	Art. 1: reparto de mercado para las instalaciones de gas. Art. 6: posición de dominio en mercado conexo. Abuso.	Confirma Res. TDC.
06-02-2004	05-01-2001 Expediente sancionador	Art. 1: reparto de mercado para las instalaciones de gas. Art. 6: posición de dominio en mercado conexo. Abuso.	Confirma Res. TDC.
06-02-2004	16-11-2000 Expediente sancionador	Art. 1: aranceles de procuradores. No se acredita la conducta.	Confirma Res. TDC.
06-02-2004	22-01-2001 Expediente sancionador	Art. 1: creación y puesta en marcha de índice de morosos de las agencias de publicidad.	Confirma Res. TDC.
09-02-2004	22-01-2001 Expediente sancionador	Art. 1: exigencia de habilitación y pago de exacciones. Abogados Jerez.	Confirma Res. TDC.
25-02-2004	25-01-2002 Expediente sancionador	Art. 1: cobro a los productores fonográficos no integrados en una asociación. Discriminación.	Confirma Res. TDC.
05-03-2004	14-12-2000 Expediente sancionador	Art. 6: Aseguradora médica. TDC confirma el acuerdo de archivo.	Confirma Res. TDC.
12-03-2004	15-12-2000 Resolución incidental	Suspensión del procedimiento hasta que haya decisión comunitaria firme.	Confirma Res. TDC.
01-04-2004	03-06-1997 Expediente sancionador	Práctica de varias industrias lácteas consistente en elaborar y difundir una recomendación de precios.	Confirma Res. TDC.
07-04-2004	26-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: publicidad engañosa. Colegios profesionales de Administradores de Fincas.	Confirma Res. TDC.
16-04-2004	04-06-2001 Expediente sancionador	Prácticas concertadas para la fijación de precios entre empresas cementeras.	Confirma Res. TDC.
21-04-2004	10-10-2002 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio de diversos colegios de médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados.	Confirma Res. TDC.
26-04-2004	27-04-2001 Archivo	TDC confirma archivo de actuaciones contra una Administración autonómica en relación con el otorgamiento de licencia para la recogida de las piñas en los montes.	Confirma Res. TDC.
12-05-2004	03-06-2003 Concentración	Orden Ministerio de Economía que impone sanción por infracción del art. 15.2 LDC.	Confirma la Orden.
24-05-2004	28-05-2001 Archivo	TDC confirma archivo de actuaciones contra una institución ferial en relación con los requisitos a los expositores y con la composición del comité de organización. No hay vulneración a la competencia.	Estimación parcial. Ordena investigación de si en los comités existió comportamientos que vulnerarían la competencia.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
01-06-2004	26-03-2001 Expediente sancionador	Art. 6: sistema de descuentos por fidelidad que favorece el cierre del mercado a los competidores. Cooperativa farmacéutica. Abuso.	Confirma Res. TDC.
28-06-2004	05-01-2001 Expediente sancionador	Art. 1: reparto de mercado para las instalaciones de gas. Art. 6: posición de dominio en mercado conexo. Abuso.	Confirma Res. TDC.
07-07-2004	26-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: publicación de anuncios engañosos por parte de colegios profesionales de APIS.	Confirma Res. TDC.
13-07-2004	09-03-2001 Expediente sancionador	Art. 7: publicación de declaraciones y anuncios engañosos por parte de Colegios profesionales de Administradores de Fincas.	
14-07-2004	10-10-2002 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio de diversos Colegios de Médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados.	Confirma Res. TDC.
14-07-2004	19-12-2002 Autorización	Denegación de autorización singular a FEBE para recomendación a asociados de no incorporación de determinados envases.	Confirma Res. TDC.
19-07-2004	04-06-2001 Expediente sancionador	Prácticas concertadas para la fijación de precios entre empresas cementeras.	Confirma Res. TDC.
19-07-2004	31-05-2001	Falta de legitimación en asunto relativo a alteraciones del precio de arriendo de contadores.	Confirma Res. TDC.
20-07-2004	21-03-2001 Archivo	TDC confirma archivo de actuaciones contra una Administración autonómica y un Ayuntamiento en relación con la creación de varias empresas para realizar actuaciones urbanísticas.	Confirma Res. TDC.
08-09-2004	04-06-2001 Expediente sancionador	Prácticas concertadas para la fijación de precios entre empresas cementeras.	Confirma Res. TDC.
14-09-2004	18-04-2001 Expediente sancionador	Art. 1: acuerdo relativo a la adquisición de una empresa radiofónica y acuerdos de gestión de publicidad. Conducta acreditada sin imposición de multa.	Estimación parcial: se ordena al TDC la imposición de una multa.
22-09-2004	21-05-2001 Expediente sancionador	Art. 1: concertación de precios. Asociación Nacional de Reciclado de Vidrio.	Estimación: prescripción de la acción de la Administración para sancionar.
29-09-2002	23-09-2002	Presentado recurso contra la providencia de admisión a trámite, el TDC lo desestima.	Confirma Res. TDC.
30-09-2004	10-09-2001 Expediente sancionador	Recomendación de precios por Asociación de Navieros.	Confirma Res. TDC.
30-09-2004	10-09-2001 Expediente sancionador	Recomendación de precios por Asociación de Estibadores y Consignatarios.	Estimación: actuación unilateral no subsumible en art. 1.
21-10-2004	03-04-2002 Expediente sancionador	Práctica restrictiva de entidades bancarias.	Confirma Res. TDC.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución TDC</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
21-10-2004	03-04-2002 Expediente sancionador	Práctica restrictiva de entidades bancarias.	Confirma Res. TDC.
25-10-2004	24-10-2001 Expediente sancionador	Recomendación de precios por Agrupación de Feriantes.	Confirma Res. TDC.
25-10-2004	11-10-2001 Expediente sancionador	Art. 1: restricciones a la publicidad de los servicios. Colegio de Abogados.	Estimación parcial: anulación de la multa.
27-10-2004	30-11-2001 Expediente sancionador	Art. 7: TDC considera que determinadas conductas imputadas a sociedades de cirugía y a un Colegio de Médicos no infringen el art. 7.	Confirma Res. TDC.
27-10-2004	03-12-2001 Expediente sancionador	Art. 6: Negativa de Colegio de Abogados de conceder habilitación alegando impago de cuotas.	Estimación. La conducta no afecta a la competencia.
18-11-2004	03-04-2002 Expediente sancionador	Práctica restrictiva de entidades bancarias.	Confirma Res. TDC.
18-11-2004	03-04-2002 Expediente sancionador	Práctica restrictiva de entidades bancarias.	Confirma Res. TDC.
23-11-2004	31-05-2002 Expediente sancionador	Art. 1: estaciones de servicios. Contratos de exclusiva que contienen cláusulas prohibidas.	Confirma Res. TDC.
24-11-2004	10-10-2002 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio de diversos Colegios de Médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados.	Confirma Res. TDC.
10-12-2004	17-12-2001 Archivo	TDC confirma archivo de actuaciones contra empresas eléctricas por presunto abuso de posición de dominio y competencia desleal.	Confirma Res. TDC.
15-12-2004	10-10-2002 Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio de diversos Colegios de Médicos por fijación de honorarios mínimos por extensión de certificados.	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. 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:

	Estadísticas	Confirma Res. TDC	Confirma parcialmente Res. TDC	Anula Res. TDC	Inadmisibilidad Otros	Total
1998	Núm.	25	1	4	1	31
	%	80,70	3,20	12,90	3,20	100
1999	Núm.	16	1	0	1	18
	%	89,00	5,50	0,00	5,50	100
2000	Núm.	22	6	5	0	33
	%	66,70	18,20	15,10	0,00	100
2001	Núm.	42	4	1	2	49
	%	85,70	8,20	2,00	4,10	100
2002	Núm.	40	6	0	1	47
	%	86,70	13,00	0,00	0,03	100
2003	Núm.	57	8	2	11	78
	%	73,08	10,25	2,56	14,11	100
2004	Núm.	43	4	3	1	51
	%	84,40	7,90	5,90	1,80	100

SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA
DE LA CONFIDENCIOSO ADMINISTRATIVO

Núm.	Descripción	Resolución	Observaciones
1998-001
1998-002
1998-003
1998-004
1998-005
1998-006
1998-007
1998-008
1998-009
1998-010
1998-011
1998-012
1998-013
1998-014
1998-015
1998-016
1998-017
1998-018
1998-019
1998-020
1998-021
1998-022
1998-023
1998-024
1998-025
1998-026
1998-027
1998-028
1998-029
1998-030
1998-031
1998-032
1998-033
1998-034
1998-035
1998-036
1998-037
1998-038
1998-039
1998-040
1998-041
1998-042
1998-043
1998-044
1998-045
1998-046
1998-047
1998-048
1998-049
1998-050
1998-051
1998-052
1998-053
1998-054
1998-055
1998-056
1998-057
1998-058
1998-059
1998-060
1998-061
1998-062
1998-063
1998-064
1998-065
1998-066
1998-067
1998-068
1998-069
1998-070
1998-071
1998-072
1998-073
1998-074
1998-075
1998-076
1998-077
1998-078
1998-079
1998-080
1998-081
1998-082
1998-083
1998-084
1998-085
1998-086
1998-087
1998-088
1998-089
1998-090
1998-091
1998-092
1998-093
1998-094
1998-095
1998-096
1998-097
1998-098
1998-099
1998-100

TRIBUNAL SUPREMO

Se hacen constar a continuación las sentencias del Tribunal Supremo en las que se invoca o aplica el Derecho de la competencia. Como en los años anteriores, la mayoría de las decisiones han sido dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en resolución de recursos contra sentencias o autos de la Audiencia Nacional dictadas a su vez en vía de recurso contra actos administrativos en la materia. El número de decisiones de la Sala de lo Civil vuelve a disminuir de 5 (2001), a 3 (2002), a 2 (2003) y a ninguna este año.

I. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Auto 10-01-2004	Recurso de súplica.	Recurso contra providencia por la que se decreta alza de suspensión de procedimiento. Remisión a la Sala de documentos declarados confidenciales por el TDC.	Desestimar el recurso.
Auto 10-02-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Endesa contra sentencia relativa a resolución del TDC. Cuantía litigio inferior a 25 millones de pesetas.	Inadmisión del recurso de casación.
Auto 26-02-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra sentencia de la Audiencia Nacional confirmatoria de resolución TDC por la que se confirma el sobreseimiento del expediente.	Inadmisión del recurso de casación. Extemporáneo.
Sentencia 09-03-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid y el Ayuntamiento de Madrid contra sentencia de la Audiencia Nacional confirmatoria de resolución TDC por la que se ordena la tramitación de expediente sobreseído por el SDC.	Desestimar el recurso.
Auto 11-03-2004	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra auto de la Audiencia Nacional por el que se acuerda alzar la confidencialidad.	Desestimar el recurso. Auto no susceptible de casación.
Sentencia 29-03-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba con condiciones la fusión de la Sociedad Azucarera de España y Ebro Agrícolas.	Estimar parcialmente el recurso de casación. Nulidad parcial del acuerdo.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 31-03-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por varias entidades bancarias contra desestimación del recurso interpuesto contra resolución Sancionadora del TDC. Se recurre la acreditación de la conducta y la multa.	Desestimar el recurso.
Sentencia 05-04-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por diversas empresas algodoneras contra sentencia confirmatoria de la Audiencia Nacional sobre resolución del TDC en la que se conceden determinadas medidas cautelares.	Inadmisión del recurso de casación. Existencia de resolución TDC sobre el fondo.
Sentencia 06-04-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Industrias Lácteas San Vicente contra sentencia confirmatoria de la Audiencia Nacional de la resolución sancionadora del TDC.	Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa.
Sentencia 27-04-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Colegio de Arquitectos de Madrid contra sentencia confirmatoria de la Audiencia Nacional de la resolución sancionadora del TDC sobre visado de proyecto de obra.	Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa.
Sentencia 10-05-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Distribarna y la Asociación de Vendedores de Prensa de Barcelona contra sentencia de la Audiencia Nacional por la que se ordena al TDC la tramitación de expediente archivado por el SDG.	Desestimación del recurso. El art. 1.3 LDC no actúa de forma automática.
Sentencia 10-05-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra sentencia confirmatoria de la Audiencia Nacional de la resolución TDC que desestima recurso contra sobreseimiento de expediente por presunto abuso de posición de dominio de Repsol. Contrato de comisión.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 11-05-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por empresa de lencería contra sentencia de la Audiencia Nacional que estima parcialmente (reducción de la sanción) el recurso contra la resolución sancionadora del TDC. Tipo de conducta sancionada. Caducidad.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 27-05-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional estimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba conforme a Derecho el sobreseimiento parcial de expediente contra grupo Prisa y Antena 3 Radio.	Inadmisión del recurso de casación.
Auto 27-05-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por cuatro empresas lácteas contra sentencia confirmatoria de la Audiencia Nacional de la resolución sancionadora del TDC.	Inadmisión del recurso de casación para una empresa en razón de la cuantía litigiosa. Admisión para las otras tres.
Sentencia 03-06-2004	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 09-06-2004	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. Granja la Polesa invoca la vulneración del derecho a ser informado de la acusación.	Desestimación del recurso de casación.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 10-06-2004	Recurso contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso contra sentencia desestimatoria que confirma resolución TDC que declara la práctica restrictiva vertical no susceptible de exención por categoría (Rank Xerox).	Estimación del recurso. Normas de exención por categoría posteriores a resolución que son más favorables.
Sentencia 16-06-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba conforme a Derecho el sobreseimiento de la denuncia contra Telefónica.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 21-06-2004	Recurso contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso contra sentencia estimatoria que anuló resolución TDC que declara como práctica restrictiva vertical una cláusula de Texaco con estaciones de servicio.	Desestimación del recurso de casación.
Sentencia 24-06-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso de Colegios de Arquitectos contra sentencia desestimatoria que confirma resolución TDC que declara la práctica restrictiva de fijación de precios.	Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa.
Auto 24-06-2004	Recurso de queja contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso de empresa cementera contra auto que declara no haber lugar a recurso de casación por razón de la cuantía litigiosa.	Desestimación del recurso.
Auto 28-06-2004	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso de casación contra auto relativo a denegación de suspensión de la resolución TDC condenatoria (Altadis).	Archivo del recurso por pérdida sobrevenida de objeto.
Sentencia 12-07-2004	Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso de Telefónica Móviles contra sentencia desestimatoria que confirma auto TDC que desestima pruebas.	Desestimación del recurso.
Sentencia 15-07-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra sentencia confirmatoria de la Audiencia Nacional de la resolución sancionadora del TDC que declara una infracción del art. 6 por negativa injustificada de suministro de electricidad por Feccsa.	Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa.
Sentencia 20-10-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba conforme a Derecho el sobreseimiento de la denuncia contra Aenor.	Inadmisión del recurso de casación por defectos en la interposición.
Auto 04-11-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por diversas empresas algodoneras contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios.	Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa.
Sentencia 08-11-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba conforme a Derecho el sobreseimiento de la denuncia contra la Unión Española de Explosivos.	Desestimación del recurso.
Sentencia 10-11-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba conforme a Derecho el archivo de la denuncia contra una sociedad mercantil y el Ayuntamiento de Zumaia.	Inadmisión del recurso de casación.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Sentencia 13-12-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Altadis contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la infracción del art. 6 por parte de Tabacalera (venta a pérdida).	Estimación del recurso en cuanto al fondo.
Sentencia 22-12-2004	Recurso de casación contra sentencia del TSJ de Madrid.	Recurso interpuesto por un abogado contra sentencia que desestima recurso contra el Código Regulador de la Publicidad de los Abogados de Madrid.	Desestimación del recurso.
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.
Sentencia 29-12-2004	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por la Asociación de Empresas Abanderadas de Total España contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba conforme a Derecho el sobreseimiento de la denuncia contra la Total España.	Inadmisión del recurso de casación.

Además, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado dos autos en relación con la correspondiente operación de concentración.

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>
Auto 19-01-2004	Recurso de súplica.	Recurso contra auto por el que se denegaba la ampliación del expediente relativo a recurso contra resolución del SDC de 3 de abril de 2003 en procedimiento de concentración.	Desestimar el recurso.
Auto 18-02-2004	Incidente de ejecución de sentencia del Tribunal Supremo	Recurso incidental relativo a la ejecución de la sentencia del TS sobre acuerdo del Consejo de Ministros en la operación de concentración Antena 3 de radio y otros.	Desestimar el recurso.

2. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CIVIL

<i>Fecha</i>	<i>Resolución</i>	<i>Materia</i>	<i>Decisión</i>

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 2004 ha disminuido todavía más sensiblemente que en el año anterior, siendo el más bajo desde el año 1993. Esta disminución es debida no sólo a la reducción importante de la cifra de notificaciones, sino también a que los asuntos iniciados a iniciativa de la Comisión se han reducido a la mitad. El número de denuncias ha descendido.

A continuación se exponen las cifras relativas a nuevos asuntos desde el año 1992 al 2004, con indicación de su origen (iniciativa de la Comisión, denuncia, notificación) y el total:

Año	Iniciativa Comisión	Denuncia	Notificación	Total
2004	52	85	21	158
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

* En este *Anuario 2004* se han incorporado las estadísticas del año 2004 publicadas en el *Informe sobre la política de la competencia 2004*, Documento SEC (2005) 805, de 17 de junio de 2005). Además, de estas informaciones se ha utilizado también la disponible en el servidor telemático de la DG de competencia.

<i>Año</i>	<i>Iniciativa Comisión</i>	<i>Denuncia</i>	<i>Notificación</i>	<i>Total</i>
1994	16	140	236	392
1993	27	111	266	404
1992	43	110	246	399

B. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

Tras cuatro años consecutivos de disminución del número de expedientes resueltos, en el año 2004, esta cifra ha aumentado muy sensiblemente. Con 391 expedientes resueltos, la Comisión vuelve a niveles cercanos a los del año 2000. Este dato junto al anteriormente detectado de disminución de los nuevos asuntos ha permitido a la Comisión reducir en casi la mitad el número de expedientes pendientes (760 a finales del 2003 frente a los 473 a finales del año 2004).

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>
2004	28	363	391
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 2004

Fecha	Exped.	Referencia	Conducta	Decisión	Public.
24-03-04	37.792	Microsoft	Abuso de posición de dominio en el mercado de sistemas operativos para PC.	Imposición de multa a Microsoft de 497 millones €.	IP/04/382
26-04-04	38.549	Barème d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges	Acuerdo de precios mediante el baremo de honorarios de los arquitectos.	Multa de 100.000 € a la Orden de Arquitectos Belgas.	IP/04/800
30-04-04		CEWAL	Comportamiento abusivo en la conferencia marítima en la zona del centro oeste de África.	Multa de 3,4 millones € a la Compañía Marítima Belga.	
26-05-04	37.980	Souris Bleue/TOPPS + Nintendo	Acuerdo entre empresas para impedir las importaciones paralelas en el mercado de las pegatinas y dulces con los dibujos de Pokémon.	Multas por un importe total de 1,59 millones € (reducción a todas por cese inmediato de la conducta).	IP/04/682
02-06-04	38.096	Clearstream	Abuso de posición de dominio consistente en el rechazo injustificado de realizar determinados servicios transfronterizos en el sector bancario.	No multa por haber cesado la conducta.	IP/04/705
03-09-04	38.069	Copper plumbing tubes	Acuerdo de precios y de reparo de mercados en el sector de los tubos de plomo.	Multa a diversas empresas por un total 222,3 millones de €.	
29-09-04	37.750	French beer market.	Acuerdo entre los dos principales grupos cerveceros en Francia para equilibrar las redes integradas respetivas de distribución de cerveza.	Imposición de multas a Heineken 1 millón € y a Kronengourg de 1,5 millones de €.	IP/04/1153
20-10-04	38.238	Raw Tobacco (ES)	Acuerdo de precios en el mercado español de transformación de tabaco crudo.	Multas por un total de 20 millones € a nueve empresas.	IP/04/1256
26-10-04	38.338	Sobartos	Reparto del mercado europeo de las agujas y de los productos de mercería.	Imposición de 1 multa de 30 millones € a cada una de las dos empresas imputadas (Cotas y Prim). Plena inmunidad a Entaco por facilitar la investigación.	IP/04/1313

<i>Fecha</i>	<i>Exped.</i>	<i>Referencia</i>	<i>Conducta</i>	<i>Decisión</i>	<i>Public.</i>
26-10-04	38.662	GDF	Cláusulas de restricción territorial en el mercado de la distribución de gas (2 decisiones formales).	No imposición de multas.	IP/04/1310
09-12-04	37.533	Choline chloride	Acuerdo de precios, de reparto de mercado y de prácticas concertadas en el mercado del cloruro.	Multas a las empresas Akzo Nobel, BASF y UCB por un total de 66,34 millones €. Las tres se benefician de una reducción.	

2. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

A. NUEVOS ASUNTOS

El número de expedientes iniciados alcanza la cifra record (incluso superior a la correspondiente al año 1995). Ello se debe exclusivamente a la ampliación de la Unión Europea, como puede apreciarse en los datos sobre resolución de expedientes de ayudas por países.

<i>Año</i>	<i>Total expedientes iniciados</i>	<i>Notif.</i>	<i>No Notif.</i>	<i>Existentes</i>	<i>Denuncias</i>
2004	982	612	84	49	237
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	0
1998	444	342	97	5	0
1997	656	515	140	1	0
1996	644	550	91	3	0
1995	803	680	113	10	0

B. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

En cuanto a las decisiones adoptadas por la Comisión, éstas han aumentado notoriamente. Sin embargo, este aumento se debe exclusivamente a la ampliación de la Comunidad Europea, pues si se restan los

<i>Estado miembro</i>	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Irlanda	2	2	2	12	11	7	14	5	12
Italia	64	63	77	94	61	39	61	52	53
Letonia	—	—	—	—	—	—	—	—	13
Lituania	—	—	—	—	—	—	—	—	4
Luxemburgo	3	1	3	0	2	3	4	2	0
Malta	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Países Bajos	37	33	38	24	33	38	25	34	17
Polonia	—	—	—	—	—	—	—	—	23
Portugal	10	15	15	8	16	15	13	8	13
República Checa	—	—	—	—	—	—	—	—	125
Suecia	7	10	14	8	15	2	5	14	11
Reino Unido	7	21	18	17	19	31	38	41	29
UNIÓN EUROPEA	474	502	460	444	475	451	444	374	577

3. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

A. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

Tras dos años de descenso del número de notificaciones, éstas vuelven a aumentar aunque sin alcanzar las cifras de los años 1999 a 2002.

<i>Año</i>	<i>Número de notificaciones recibidas</i>
1991	63
1992	60
1993	58
1994	95
1995	110
1996	131
1997	172
1998	235
1999	292
2000	345

Año	Número de notificaciones recibidas
2001	335
2002	279
2003	212
2004	249

B. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 242 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 2004. Esta cifra supone, tras tres años consecutivos de disminución del número de expedientes resueltos, una casi imperceptible recuperación aunque todavía muy lejos de los niveles del inicio del milenio (345 en el año 2000). Cabe advertir que en este año, el 64 por 100 de las decisiones adoptadas se han realizado en base al nuevo Reglamento 139/2004.

De las cifras que a continuación se muestran destaca que, el 57 por 100 de las decisiones fueron adoptadas en aplicación del procedimiento simplificado. Por otro lado, de las 232 decisiones adoptadas en la fase I, 220 consistieron en declaraciones de compatibilidad mientras que sólo en 12 casos se impusieron condiciones. En cuanto al resto, las estadísticas de 2004 no difieren mucho de las de 2003.

A continuación se indican las resoluciones en función del artículo del Reglamento que aplican.

REG 4064/89	6.1.a)	6.1.b)	6.1.b)	6.1.b)	9.3.b)	9.3.b)	8.2	8.2	8.3	8.4	
CONTENIDO DE LA DECISIÓN	Fuera del ámbito de aplicación	Compatible con el mercado común	Compatible con el mercado común con condiciones	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros	Remisión total a los Estados miembros	Remisión parcial a los Estados miembros en la fase II	Compatible con el mercado común	Compatible con el mercado común con condiciones	Prohibiciones	Restablecer la competencia efectiva	Total decisiones finales
1991	5	47	3				1	3	1		60
1992	9	43	4	1			1	3			61
1993	4	49			1	1	1	2			57
1994	5	78	2	1			2	2	1		91
1995	9	90	3				2	3	2		109
1996	6	109			3	3	1	3	3		125

REG 4064/89	6.1.a	6.1.b	6.1.b	6.1.b	9.3.b	9.3.b	8.2	8.2	8.3	8.4	
CONTENIDO DE LA DECISIÓN	Fuera del ámbito de aplicación	Compatible con el mercado común	Compatible con el mercado común con condiciones	Compatible con el mercado común y remisión parcial a los Estados miembros	Remisión total a los Estados miembros	Remisión parcial a los Estados miembros en la fase II	Compatible con el mercado común	Compatible con el mercado común con condiciones	Prohibiciones	Restablecer la competencia efectiva	Total decisiones finales
1997	4	118	2	6	1	1	1	7	1	2	142
1998	6	207	12	3	1	1	2	5	2		238
1999	1	236	19	1	3	1	0	8	1		270
2000	1	293	28	4	2	0	3	12	2		345
2001	1	299	13	6	1	0	5	10	5	0	340
2002	1	240	10	9	4	0	2	5	0	2	273
2003	0	203	11	1	8	0	2	6	0	0	231
2004	0	220	12	1	2	0	2	4	1	0	242

Las decisiones fueron adoptadas en aplicación del procedimiento simplificado. Por otro lado, de las 233 decisiones adoptadas se deduce que 220 consistieron en declaraciones de compatibilidad mientras que solo en 12 casos se impusieron condiciones. En cuanto al resto, las estadísticas de 2004 no difieren mucho de las de 2003.

La remisión parcial a los Estados miembros en la fase II de la competencia se produjo en 12 casos en 2004 y en 11 casos en 2003.

REG	6.1.a	6.1.b	6.1.b	6.1.b	9.3.b	9.3.b	8.2	8.2	8.3	8.4	
1997	4	118	2	6	1	1	1	7	1	2	142
1998	6	207	12	3	1	1	2	5	2		238
1999	1	236	19	1	3	1	0	8	1		270
2000	1	293	28	4	2	0	3	12	2		345
2001	1	299	13	6	1	0	5	10	5	0	340
2002	1	240	10	9	4	0	2	5	0	2	273
2003	0	203	11	1	8	0	2	6	0	0	231
2004	0	220	12	1	2	0	2	4	1	0	242

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 2004 en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Se indica su fecha, el número de asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. No hacemos constar la publicación en la *Recopilación*, a pesar de ser la oficial, ya que se produce con retraso y sería incompleta. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en la *web* del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
13-1-2004	T-67/01	ICB Service / Comisión Europea	Art. 81 CE. Acuerdos de distribución
29-4-2004	T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01	Tokai Carbon Co. Ltd, SGL Carbon AG, Ippon Carbon Co. Ltd, Showa Denko KK, GrafTech International Ltd, SEC Corp., The Carbide/Graphite Group, Inc /Comisión Europea	Cartel. Mercado de los electrodos de grafito. Fijación de precios y reparto de mercados. Cálculo del importe de las multas. Acumulación de sanciones. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Aplicabilidad. Gravedad y duración de la infracción. Circunstancias agravantes. Circunstancias atenuantes. Capacidad contributiva. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Condiciones de pago.
8-7-2004	T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00	Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp., Sumitomo Metal Industries Ltd /Comisión Europea	Prácticas colusorias. Mercado de tubos de acero sin soldadura. AELC. Competencia de la Comisión. Infracción. Multas.
8-7-2004	T-50/00	Dalmine SpA/Comisión Europea	Prácticas colusorias. Mercados de tubos de acero sin soldadura. Duración de la infracción. Multas.
8-7-2004	T-48/00	Corus UK Ltd /Comisión Europea	Prácticas colusorias. Mercados de tubos de acero sin soldadura. Duración de la infracción. Multas.
8-7-2004	T-44/00	Mannesmannröhren-Werke AG/ Comisión Europea	Prácticas colusorias. Mercados de tubos de acero sin soldadura. Duración de la infracción. Multas.
30-9-2004	T-313/02	David Meca Medina y Igor Majcen/Comisión Europea	Libre prestación de servicios. Normativa antidopaje adoptada por el Comité Olímpico Internacional (COI). Normativa puramente deportiva.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
14-10-2004	T-61/02	Commerzbank AG/Comisión Europea	Art. 81 CE. Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo. Alemania. Procedimiento en rebeldía.
14-10-2004	T-60/02	Deutsche Verkehrsbank AG/Comisión Europea	Art. 81 CE. Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo. Alemania. Procedimiento en rebeldía.
14-10-2004	T-56/02	Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG/Comisión Europea	Art. 81 CE. Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo. Alemania. Procedimiento en rebeldía.
14-10-2004	T-54/02	Vereins- und Westbank AG/Comisión Europea	Art. 81 CE. Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo. Alemania. Procedimiento en rebeldía.
14-10-2004	T-44/02	Dresdner Bank AG/Comisión Europea	Art. 81 CE. Acuerdo de fijación de los precios y de la estructura de las comisiones de los servicios de cambio de efectivo. Alemania. Procedimiento en rebeldía.

A continuación, se relacionan las anteriores Sentencias con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
13-1-2004	T-67/01	<ol style="list-style-type: none"> 1) Anular el art. 1, letras c), d) y e), y el art. 3, letras d) y e), de la Decisión 2002/190/CE de la Comisión, de 21 de diciembre de 2000, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 del Tratado CE (Asunto COMP.F.1/35.918 - JCB). 2) Reducir a 30 millones de euros el importe de la multa impuesta a la demandante mediante el art. 4 de la Decisión 2002/190. 3) No procede pronunciarse sobre las pretensiones relativas a la presentación de determinados documentos del expediente declarados no accesibles durante el procedimiento administrativo. 4) Desestimar el recurso en todo lo demás.
29-4-2004	T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01	<ol style="list-style-type: none"> 1) En el asunto T-236/01, Tokai Carbon/Comisión: fijar el importe de la multa impuesta a la parte demandante por el art. 3 de la Decisión 2002/271 en 12.276.000 euros; desestimar el recurso en todo lo demás. 2) En el asunto T-239/01, sGL Carbon/Comisión: fijar el importe de la multa impuesta a la parte demandante por el art. 3 de la Decisión 2002/271 en 69.114.000 euros; desestimar el recurso en todo lo demás. 3) En el asunto T-244/01, Nippon Carbon/Comisión: fijar el importe de la multa impuesta a la parte demandante por el art. 3 de la Decisión 2002/271 en 6.274.400 euros; desestimar el recurso en todo lo demás. 4) En el asunto T-245/01, Showa Denko/Comisión: fijar el importe de la multa impuesta a la parte demandante por el art. 3 de la Decisión 2002/271 en 10.440.000 euros; desestimar el recurso en todo lo demás. 5) En el asunto T-246/01, GrafTech International, anteriormente UCAR International/Comisión: fijar el importe de la multa impuesta a la parte demandante por el art. 3 de la Decisión 2002/271 en 42.050.000 euros; desestimar el recurso en todo lo demás.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<p>6) En el Asunto T-251/01, SEC Corporation/Comisión: fijar el importe de la multa impuesta a la parte demandante por el art. 3 de la Decisión 2002/271 en 6.138.000 euros; desestimar el recurso en todo lo demás.</p> <p>7) En el Asunto T-252/01, The Carbide/Graphite Group/Comisión: fijar el importe de la multa impuesta a la parte demandante por el art. 3 de la Decisión 2002/271 en 6.480.000 euros; desestimar el recurso en todo lo demás.</p>
8-7-2004	T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00	<p>1) Anular el art. 1, apartado 2, de la Decisión 2003/382/CE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE (Asunto IV/E-1/35.860-B, Tubos de acero sin soldadura), en la medida en que establece que la infracción imputada en dicho artículo a las cuatro demandantes en los asuntos T-7/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00 comenzó antes del 1 de enero de 1991 y continuó con posterioridad al 30 de junio de 1994.</p> <p>2) Fijar en 10.935.000 euros el importe de la multa impuesta a cada una de las cuatro demandantes por el art. 4 de la Decisión 2003/382.</p> <p>3) Desestimar los cuatro recursos en todo lo demás.</p>
8-7-2004	T-50/00	<p>1) Anular el art. 1, apartado 2, de la Decisión 2003/382/CE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE (Asunto IV/E-1/35.860-B, Tubos de acero sin soldadura), en la medida en que establece que la infracción imputada en dicho artículo a la demandante comenzó antes del 1 de enero de 1991.</p> <p>2) Fijar en 10.080.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el art. 4 de la Decisión 2003/382.</p>
8-7-2004	T-48/00	<p>1) Anular el art. 1, apartado 2, de la Decisión 2003/382/CE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE (Asunto IV/E-1/35.860-B, Tubos de acero sin soldadura), en la medida en que establece que la infracción imputada en dicho artículo a la demandante comenzó antes del 1 de enero de 1991.</p> <p>2) Fijar en 11.700.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el art. 4 de la Decisión 2003/382.</p>
8-7-2004	T-44/00	<p>1) Anular el art. 1, apartado 2, de la Decisión 2003/382/CE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE (Asunto IV/E-1/35.860-B, Tubos de acero sin soldadura), en la medida en que establece que la infracción imputada en dicho artículo a la demandante comenzó antes del 1 de enero de 1991.</p> <p>2) Fijar en 12.600.000 euros el importe de la multa impuesta a la demandante por el art. 4 de la Decisión 2003/382.</p>
30-9-2004	T-313/02	Desestimar el recurso.
14-10-2004	T-61/02	Anular la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) —Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro— Alemania], en lo que se refiere al demandante.
14-10-2004	T-60/02	Anular la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) —Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro— Alemania], en lo que se refiere al demandante.
14-10-2004	T-56/02	Anular la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) —Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro— Alemania], en lo que se refiere al demandante.
14-10-2004	T-54/02	Anular la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) —Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro— Alemania], en lo que se refiere al demandante.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
14-10-2004	T-44/02	Anular la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) —Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro— Alemania], en lo que se refiere al demandante.
14-10-2004	T-54/02	Anular la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex 37.391) —Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro— Alemania], en lo que se refiere al demandante.
14-10-2004	T-44/02	Anular la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al art. 81 del tratado CE [Asunto comp/E-1/37.919 (ex 37.391) —Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro— Alemania], en lo que se refiere al demandante.

También hay que reseñar la adopción de los siguientes Autos adoptados en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas.

Fecha	Asunto	Partes	Materia
21-1-2004	T-252/03 R	Fédération nationale de l'industrie et des commerces en gros des viandes (FNICGV)/ Comisión Europea.	Procedimiento sobre medidas provisionales. Pago de una multa. Garantía bancaria. Admisibilidad. Urgencia. Inexistencia.
21-1-2004	T-245/03 R	Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), Fédération nationale bovine (FNB), Fédération nationale des producteurs de lait (FNPL), Jeunes agriculteurs (JA) / Comisión Europea.	Procedimiento sobre medidas provisionales. Pago de una multa. Garantía bancaria. <i>Fumus boni iuris</i> . Urgencia. Ponderación de los intereses. Suspensión parcial y condicional.
21-1-2004	T-217/03 R	Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)/Comisión Europea.	Procedimiento sobre medidas provisionales. Pago de una multa. Garantía bancaria. <i>Fumus boni iuris</i> . Urgencia. Ponderación de los intereses. Suspensión parcial y condicional.
29-4-2004	T-308/02_1	SGL Carbon AG/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Multa. Denegación de una solicitud de facilidades de pago. Recurso de anulación. Inadmisibilidad.
28-5-2004	T-253/03_3	Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akeros Chemicals Ltd./ Comisión Europea.	Intervención. Desestimación. Asociación no representativa. Asociación que no tiene por objeto proteger los intereses de sus miembros.
28-5-2004	T-253/03_2	Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akeros Chemicals Ltd./ Comisión Europea.	Intervención. Desestimación. Entidad sin personalidad jurídica. Asociación no representativa. Asociación que no tiene por objeto proteger los intereses de sus miembros. Ausencia de interés individual de sus miembros.
26-7-2004	T-201/04 R	Microsoft Corp./Comisión Europea.	Medidas provisionales. Intervención.
9-11-2004	T-252/03_2	Fédération nationale de l'industrie et des commerces en gros des viandes (FNICGV)/ Comisión Europea.	Decisión que constata una infracción del art. 81 CE. Mercado de la carne bovina. Recurso de anulación. Competencia de plena jurisdicción. Plazo del recurso. Interposición tardía. Inadmisibilidad.
16-12-2004	T-403/03_1	Hoehchst AG / Comisión Europea.	Solicitud de intervención. Interés en la solución del litigio. Acuerdo.
22-12-2004	T-201/04 R_2	Microsoft Corp. / Comisión Europea.	Medidas provisionales. Art. 82 CE.

A continuación, se relacionan los anteriores Autos con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
21-1-2004	T-252/03 R	Desestimar la solicitud de medidas provisionales.
21-1-2004	T-245/03 R	<p>1) Suspender la obligación de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles de constituir a favor de la Comisión una garantía bancaria para evitar el cobro inmediato de la multa que le ha sido impuesta por el art. 3 de la Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CE (Asunto COMP/C.38.279/F3, Carnes de vacuno francesas), bajo las siguientes condiciones: a) en un plazo de tres semanas a partir de la notificación del presente auto la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles pagará 1,5 millones de euros a la Comisión y constituirá a favor de ésta una garantía bancaria por 1,7 millones de euros o, alternativamente, la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles constituirá a favor de la Comisión una garantía bancaria por 3,2 millones de euros; b) en un plazo de cinco meses a partir de la notificación del presente auto la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles pagará a la Comisión el resto de la multa pendiente, más los intereses, o constituirá una garantía bancaria por ese importe.</p> <p>2) Suspender la obligación de la Fédération nationale bovine de constituir a favor de la Comisión una garantía bancaria para evitar el cobro inmediato de la multa que le ha sido impuesta por el art. 3 de la Decisión 2003/600, bajo las siguientes condiciones: a) en un plazo de tres semanas a partir de la notificación del presente auto la Fédération nationale bovine pagará 200.000 euros a la Comisión y constituirá a favor de ésta una garantía bancaria por 670.000 euros o, alternativamente, la Fédération nationale bovine constituirá a favor de la Comisión una garantía bancaria por 870.000 euros; b) en un plazo de cinco meses a partir de la notificación del presente auto la Fédération nationale bovine pagará a la Comisión el resto de la multa pendiente, más los intereses, o constituirá una garantía bancaria por ese importe.</p> <p>3) Suspender la obligación de los Jeunes agriculteurs de constituir a favor de la Comisión una garantía bancaria para evitar el cobro inmediato de la multa que les ha sido impuesta por el art. 3 de la Decisión 2003/600, bajo las siguientes condiciones: a) en un plazo de tres semanas a partir de la notificación del presente auto los Jeunes agriculteurs pagarán 15.000 euros a la Comisión o, alternativamente, constituirán a favor de ésta una garantía bancaria por la misma cantidad; b) en un plazo de cinco meses a partir de la notificación del presente auto los Jeunes agriculteurs pagarán a la Comisión el resto de la multa pendiente, más los intereses, o constituirán una garantía bancaria por ese importe.</p> <p>4) La suspensión concedida en los puntos 2 y 3 de la parte dispositiva del presente auto dejará de producir efecto si las demandantes no presentaran a la Comisión en un plazo de seis semanas a partir de la notificación del presente auto las cuentas anuales de la Fédération nationale bovine y de los Jeunes agriculteurs de los ejercicios 2001 y 2002, verificadas y certificadas por una firma de auditoría de renombre internacional.</p> <p>5) Hasta que se constituyan las garantías bancarias, incluidos los intereses, las demandantes informarán a la Comisión: a) mensualmente, de los datos principales sobre la evolución de su situación económica y financiera, que serán definidos por la Comisión una vez notificado el presente auto; b) antes de su adopción, de toda decisión que pueda afectar sustancialmente su situación económica o dirigida a modificar su régimen jurídico.</p>
21-1-2004	T-217/03 R	Suspender, durante un plazo de dos meses a partir de la notificación del presente Auto, la obligación de la recurrente de constituir a favor de la Comisión una garantía bancaria para evitar el cobro inmediato de la multa que les ha sido impuesta por el art. 3 de la Decisión 2003/600/CE de la Comisión, de 2 de abril de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE (Asunto COMP/C.38.279/F3, Viandes bovinas francesas), bajo la condición de que en un plazo de cuatro semanas a contar desde la misma fecha, pague 140.000 euros a la Comisión y constituya a favor de ésta una garantía bancaria por la cantidad de 60.000 euros o, alternativamente, constituya a favor de la Comisión una garantía bancaria por la cantidad de 200.000 euros.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
29-4-2004	T-308/02_1	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
28-5-2004	T-253/03_3	<ol style="list-style-type: none"> 1) Desestimar la demanda de intervención de la Section on Business Law of the International Bar Association. 2) Declarar que no procede pronunciarse sobre la solicitud de tratamiento confidencial para con la Section on Business Law of the International Bar Association presentada por las demandantes.
25-2-2003	T-253/03_2	<ol style="list-style-type: none"> 1) Desestimar la demanda de intervención del European Council on Legal Affairs. 2) Declarar que no procede pronunciarse sobre la solicitud de tratamiento confidencial para el European Council on Legal Affairs presentada por las demandantes.
26-7-2004	T-201/04	<ol style="list-style-type: none"> 1) Admitir a Computer & Communications Industry Association, para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la Comisión. 2) Admitir a Software & Information Industry Association, para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la Comisión. 3) Admitir a The Computing Technology Industry Association Inc., para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la recurrente. 4) Admitir a The Association for Competitive Technology, para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la recurrente. 5) Admitir a Novell Inc., para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la Comisión. 6) Admitir a RealNetworks Inc., para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la Comisión. 7) Admitir a TeamSystem SpA y a Mamut ASA, para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la recurrente. 8) No admitir a Digimpro Ltd. y a CODA Group Holdings Ltd., para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la recurrente. 9) Admitir a DMDsecure.com BV, a MPS Broadband AB, a Pace Micro Technology plc, a Quantel Ltd. y a Tandberg Television Ltd., para intervenir en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la recurrente. 10) Desestimar la demanda presentada por IDE Nätverkskonsulterna AB, por M. T. Rogerson, por M. P. Setka, por M. D. Tomicic, por M. M. Valasek, por M. R. Rialdi y por M. B. Nati en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la recurrente. 11) Admitir la demanda presentada por Exor AB en el Asunto T-210/04 R en apoyo de las conclusiones de la recurrente. 12) El Secretario comunicará a las partes intervinientes la versión no confidencial de los escritos del procedimiento. 13) Se fijará el plazo para que las partes intervinientes presenten un escrito de alegaciones, sin perjuicio de que, en su caso, puedan completarlo a resultas de la decisión sobre la fundamentación de la petición de tratamiento confidencial.
9-11-2004	T-252/03_2	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
16-12-2004	T-403/03_1	Desestimar la solicitud de intervención.
22-12-2004	T-201/04R_2	<ol style="list-style-type: none"> 1) Admitir, en el marco del procedimiento de medidas provisionales, el tratamiento confidencial solicitado por Microsoft Corp. 2) Admitir a Audiobanner.com, que actúa bajo la denominación VideoBanner, para intervenir en apoyo de las conclusiones de la Comisión en el procedimiento de medidas provisionales. 3) Excluir a Computer & Communications Industry Association como parte interviniente en apoyo de las conclusiones de la Comisión en el procedimiento de medidas provisionales. 4) Excluir a Novell Inc. como parte interviniente en apoyo de las conclusiones de la Comisión en el procedimiento de medidas provisionales. 5) Desestimar la demanda de medidas provisionales.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las Sentencias dictadas por el TPI durante el año 2003 en aplicación de las normas de la competencia relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha, su asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. Estas Sentencias pueden consultarse en la web del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
13-1-2004	T-158/99	Thermenhotel Stoiser Franz Gesellschaft mbH & Co. KG, Vier-Jahreszeiten Hotel-Betriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Thermenhotel Kowald, Thermalhotel Leitner GesmbH/Comisión Europea	Ayudas regionales. Regularidad de la firma del abogado que figura en el recurso. Legitimación. Motivación. Compatibilidad con el mercado común. No discriminación. Derecho de establecimiento de los competidores nacionales del beneficiario de la ayuda. Protección del medio ambiente. Desviación de poder.
14-1-2004	T-109/01	Fleuren Compost bv/Comisión Europea	Recurso de anulación. Ayudas concedidas por el Reino de los Países Bajos a empresas de tratamiento de abonos. Régimen autorizado por la Comisión por un tiempo determinado. Ayudas concedidas antes o después del período autorizado.
19-2-2004	T-297/01 y T-298/01	STC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A./Comisión Europea	Televisión pública. Denuncia. Recurso por omisión. Definición de posición por parte de la Comisión. Carácter de ayuda nueva o de ayuda existente. Solicitud de sobreseimiento. Impugnación. Ejecución de una sentencia de anulación. Obligación de incoación de la Comisión. Plazo razonable.
16-3-2004	T-157/01	Danske Busvognmænd/Comisión Europea	Transportes públicos regionales en autobús.
8-7-2004	T-198/01	Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Comisión Europea	Recurso de anulación. Criterio del acreedor privado. Ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis. Derecho de defensa. Motivación.
16-9-2004	T-274/01	Valmont Nederland bv/Comisión Europea	Concepto. Ventaja. Precio de venta de un terreno. Financiación de un aparcamiento.
14-10-2004	T-137/02	Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG/Comisión Europea	Recurso de anulación. Recomendación 96/280/CE. Concepto de pequeñas y medianas empresas (PYME).
21-10-2004	T-36/99	Lenzing AG/Comisión Europea	Recurso de anulación. Admisibilidad. Acto que afecta individualmente a la demandante. Artículo 87.1 CE. Acuerdos de aplazamiento y de devolución de deudas. Criterio del acreedor privado.
18-11-2004	T-176/01	Ferriere Nord SpA / Comisión Europea	Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente. Empresa siderúrgica. Productos regulados por el Tratado CE. Régimen de ayudas aprobado. Ayuda nueva. Incoación del procedimiento formal. Plazos. Derecho de defensa. Confianza legítima. Motivación. Ámbito de aplicación temporal de las Directrices comunitarias. Objetivo medioambiental de la inversión.
1-12-2004	T-27/02	Kronofrance S.A./Comisión Europea	Decisión de la Comisión de no plantear objeciones. Recurso de anulación. Admisibilidad. Directrices multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión.

A continuación, se relacionan las anteriores Sentencias con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
13-1-2004	T-158/99	Desestimar el recurso.
14-1-2004	T-109/01	Desestimar el recurso.
19-2-2004	T-297/01 y T-298/01	Sobreser los recursos T-297/01 y T-298/01.
16-3-2004	T-157/01	1) Anular la Decisión sg(2001) D/287297 de la Comisión, de 28 de marzo de 2001 (ayuda NN 127/2000), en la medida en que declara compatibles con el mercado común las ayudas concedidas por las autoridades danesas a Combust A/S en forma de aportaciones de capital por importe de [Y] DKK y [X] DKK. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
8-7-2004	T-198/01	Desestimar el recurso.
16-9-2004	T-274/01	Anular la Decisión 2002/142/CE de la Comisión, de 18 de julio de 2001, relativa a la ayuda estatal ejecutada por los Países Bajos en favor de Valmont Nederland bv.
14-10-2004	T-137/02	Desestimar el recurso.
21-10-2004	T-36/99	Anular el artículo 1, apartado 1, de la Decisión 1999/395/CE de la Comisión, de 28 de octubre de 1998, relativa a la ayuda estatal otorgada por España a Sniace, S. A., situada en Torrelavega, Cantabria, en su versión modificada por la Decisión 2001/43/CE de la Comisión, de 20 de septiembre de 2000.
18-11-2004	T-176/01	Desestimar el recurso.
	T-27/02	Anular la Decisión sg (2001) D de la Comisión, de 25 de julio de 2001, de no plantear objeciones contra la ayuda concedida por las autoridades alemanas a Glunz AG.

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>
4-2-2004	T-14/00	Coöperatieve Aan- en Verkoopvereniging Ulestraten, Schimmert en Hulsberg BA /Comisión Europea	Recurso de anulación. Intervención. Interés en la solución del litigio.
1-3-2004	T-210/99_1	Johan Henk Gankema /Comisión Europea	Recurso de anulación. Inacción de la parte demandante. Sobreseimiento.
12-5-2004	T-198/01 R [III]_3	Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Comisión Europea	Procedimiento sobre medidas provisionales. Obligación de recuperación. <i>Fumus boni iuris</i> . Urgencia. Ponderación de los intereses. Circunstancias excepcionales
27-5-2004	T-358/02	Deutsche Post AG y DHL International Srl/Comisión Europea	Autorización por la Comisión de ayudas concedidas por las autoridades italianas en favor de Poste Italiane. Recurso de anulación interpuesto por competidores. Inadmisibilidad.
10-11-2004	T-316/04 R	Wam SpA/Comisión Europea	Préstamos a tipos reducidos que tienen como objetivo permitir a una empresa establecerse en determinados países terceros. Obligación de recuperación. Medidas provisionales. Suspensión de la ejecución. Urgencia. Ausencia.

A continuación, se relacionan los anteriores Autos con indicación de su pronunciamiento.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Pronunciamiento</i>
4-2-2004	T-14/00	Desestimar la demanda de intervención.
1-3-2004	T-210/99_1	Sobreseer el recurso.
12-5-2004	T-198/01 R [III]_3	Suspender la ejecución del art. 2 de la Decisión 2002/185/CE de la Comisión, de 12 de junio de 2001, relativa a la ayuda estatal que Alemania tiene previsto conceder en favor de Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, hasta el pronunciamiento de la sentencia en el asunto principal.
27-5-2004	T-358/02	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
10-11-2004	T-316/04 R	Desestimar la demanda de medidas provisionales.

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, el número de asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. Esta Sentencia puede consultarse en la *web* del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
28-9-2004	T-310/00	MCI, Inc. / Comisión Europea	Control de las operaciones de concentración. Recurso de anulación. Interés en ejercitar la acción. Competencia de la Comisión.

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>
28-9-2004	T-310/00	Anular la Decisión 2003/790/CE de la Comisión, de 28 de junio de 2000, por la que una operación de concentración se declara incompatible con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Asunto COMP/M.1741 - MCI WorldCom/Sprint).

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 2004 en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Se indica su fecha, su asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. No hacemos constar la publicación en la *Recopilación*, a pesar de ser la oficial, ya que se produce con retraso y sería incompleta. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en la *web* del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
06-01-2004	C-2/01 P y C-3/01 P	Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV/Comisión Europea	Recurso de casación. Importaciones paralelas. Art. 81.1 CE. Concepto de «acuerdo entre empresas». Prueba de la existencia de un acuerdo. Mercado de productos farmacéuticos.
07-01-2004	C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P	Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd., Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA, y Cementir - Cementeerie del Tirreno SpA/ Comisión Europea	Recurso de casación. Mercado del cemento. Art. 81.1 CE. Competencia del Tribunal de Primera Instancia. Derecho de defensa. Acceso al expediente. Infracción única y continua. Imputación de una infracción. Prueba de la participación en el acuerdo general y en su ejecución. Multa. Determinación de su importe.
16-03-2004	C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01	AOK Bundesverband y otros/ Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. (asunto C-264/01), Mundipharma GmbH (asunto C-306/01), Gödecke GmbH (asunto C-354/01), Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH (asunto C-355/01)	Empresas. Cajas del seguro de enfermedad. Prácticas colusorias. Interpretación de los arts. 81, 82 y 86 CE. Decisiones de agrupaciones de cajas del seguro de enfermedad por las que se fijan importes máximos de contribución al coste de los medicamentos.
29-04-2004	C-418/01	IMS Health GmbH & Co. OHG/ NDC Health GmbH & Co. KG	Competencia. Art. 82 CE. Abuso de posición dominante. Estructura de segmentos utilizada para el suministro de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en un Estado miembro. Derecho de autor. Negativa a conceder una licencia de utilización.

Fecha	Asunto	Partes	Materia
29-04-2004	C-359/01 P	British Sugar plc/Comisión Europea	Recurso de casación. Mercado del azúcar. Art. 81.1 CE. Práctica colusoria. Incidencia sobre el comercio entre Estados miembros. Multa. Proporcionalidad.
09-12-2004	C-123/03_1	Comisión Europea/Greencore Group	Art. 82 CE. Recurso de casación contra Auto del Tribunal de Primera Instancia que admite a trámite una solicitud de anulación de un escrito de la Comisión. Negativa a pagar intereses de una cantidad reembolsada. Concepto de acto confirmatorio de un acto anterior. Pago del principal sin intereses. Falta de carácter de decisión denegatoria anterior.

A continuación se relacionan las anteriores Sentencias con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
06-01-2004	C-2/01 P y C-3/01 P	Desestimar los recursos de casación.
07-01-2004	C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P	<ol style="list-style-type: none"> 1) Anular el punto 12, guión séptimo, del fallo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión (T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95). 2) Fijar en 9.620.000 euros el importe de la multa impuesta a Ciments français, S. A. por la infracción contemplada en el art. 1 de la Decisión 94/815/CE de la Comisión, de 30 de noviembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (Asuntos IV/33.126 y 33.322, Cemento). 3) Desestimar los recursos de casación en todo lo demás.
16-03-2004	C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01	Las agrupaciones de cajas del seguro de enfermedad, como AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft y See-Krankenkasse, no constituyen empresas ni asociaciones de empresas en el sentido del art. 81 CE cuando establecen los importes máximos fijos que corresponden al límite máximo del precio de los medicamentos asumido por dichas cajas.
29-04-2004	C-418/01	<ol style="list-style-type: none"> 1) Para el examen del carácter eventualmente abusivo de la negativa de una empresa que ocupa una posición dominante a otorgar una licencia de utilización sobre una estructura de segmentos protegida por un derecho de propiedad intelectual del que es titular, el grado de participación de los usuarios en el desarrollo de esa estructura y el esfuerzo, en particular, en cuanto al coste, que los usuarios potenciales deberían realizar para poder comprar estudios sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos presentados sobre la base de una estructura alternativa son elementos que deben ser tomados en consideración para determinar si la estructura protegida es indispensable para la comercialización de estudios de esta naturaleza. 2) La negativa de una empresa, que ocupa una posición dominante y que es titular de un derecho de propiedad intelectual sobre una estructura de segmentos indispensable para la presentación de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en un Estado miembro, a otorgar una licencia para la utilización de esta estructura a otra empresa, que desea asimismo suministrar tales datos en el mismo Estado miembro, constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE siempre que concurren los siguientes requisitos:

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
		<ul style="list-style-type: none"> — la empresa que ha solicitado la licencia pretenda ofrecer, en el mercado del suministro de datos de que se trata, productos o servicios nuevos que el titular del derecho de propiedad intelectual no ofrece y para los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores; — la negativa no esté justificada por consideraciones objetivas; — la negativa pueda reservar a la empresa titular del derecho de propiedad intelectual el mercado del suministro de datos sobre ventas de productos farmacéuticos en el Estado miembro de que se trate, excluyendo toda competencia sobre éste.
29-4-2004	C-359/01 P	Desestimar el recurso de casación.
9-12-2004	C-123/03_1	<ol style="list-style-type: none"> 1) Anular el auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 7 de enero de 2003, Greencore Group/Comisión (T135/02). 2) Desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión de las Comunidades Europeas.

También hay que reseñar la adopción de los siguientes Autos adoptados en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas.

Fecha	Asunto	Partes	Materia
11-2-2004	C-438/03, C-439/03, C-509/03 y C-2/04	Antonio Cannito y otros	Cuestión prejudicial. Inadmisibilidad.
27-9-2004	C-470/02 P	Union européenne de radio-télévision (UER)/Comisión Europea	Recurso de casación. Acuerdos. Adquisición en común de derechos de televisión para manifestaciones deportivas internacionales. Acceso de terceros a estos derechos. Art. 81.3 CE. Recurso manifiestamente infundado.
27-9-2004	C-7/04 P(R)	Comisión Europea/Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd	Recurso de casación. Medidas provisionales. Procedimiento administrativo. Documentos obtenidos en el curso de una verificación. Negativa de la Comisión de otorgar la protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente. Límites.
28-10-2004	C-326/03 P_1	Comisión Europea/Cho Yang Shipping Co. Ltd y otros	Casación. Acuerdos. Transporte marítimo entre el Norte de Europa y el Extremo Oriente. Multas. Prescripción. Casación en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente infundada.

A continuación, se relacionan los anteriores Autos con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
11-2-2004	C-438/03, C-439/03, C-509/03 y C-2/04	<ol style="list-style-type: none"> 1) Se acumulan los asuntos C-438/03, C-439/03, C-509/03 y C-2/04 a los efectos del Auto. 2) Las solicitudes de decisión prejudicial presentadas por el Juez de Paz de Bitonto son inadmisibles.
27-9-2004	C-470/02 P	Desestimar el recurso.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
27-09-2004	C-7/04 P(R)	<ol style="list-style-type: none"> 1) Los puntos 6 y 7 de la parte dispositiva del Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades europeas de 30 de octubre de 2003, Azco Nobel Chemicals y Akeros Chemicals/Commission (T125/03 R y T-253/03 R) quedan anulados. 2) Se hace constar en acta la declaración de la Comisión Europea según la cual no permitirá a terceros tener acceso a los documentos de la serie A hasta la sentencia principal en el Asunto T-253/03. 3) Desestimar la demanda de medidas provisionales en el Asunto T-253/03 R. 4) Desestimar el recurso incidental.
28-10-2004	C-326/03 P_1	Desestimar el recurso.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las Sentencias dictadas por el TJCE durante el año 2004 en aplicación de las normas relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha, su asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en la *web* del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
01-04-2004	C-99/02	Comisión Europea/Italia	Incumplimiento de Estado. Art. 88 CE, apartado 2, párrafo segundo. Ayudas incompatibles con el mercado común. Obligación de recuperación. Imposibilidad absoluta de ejecución.
29-04-2004	C-91/01	Italia/Comisión Europea	Recomendación sobre la definición de pequeñas y medianas empresas. Directrices sobre ayudas de Estado a las pequeñas y medianas empresas. Criterio de independencia. Confianza legítima. Seguridad jurídica.
29-04-2004	C-372/97	Italia/Comisión Europea	Transporte de mercancías por carretera. Incidencia en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y distorsión de la competencia. Requisitos de una excepción de la prohibición contenida en el art. 87.1 CE. Ayudas existentes o ayudas nuevas. Principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima. Motivación.
29-04-2004	C-298/00 P	Italia/Comisión Europea	Recurso de casación. Transporte de mercancías por carretera. Incidencia en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y falseamiento de la competencia. Ayudas existentes o ayudas nuevas. Principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima. Motivación.
29-04-2004	C-278/00	Grecia/Comisión Europea	Liquidación de deudas de cooperativas agrarias por los poderes públicos.

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>	<i>Materia</i>
29-04-2004	C-277/00	Alemania/Comisión Europea	Recurso de anulación. Decisión 2000/567/CE. Ayuda concedida por la República Federal de Alemania a favor de System Microelectronic Innovation GmbH, Frankfurt del Oder (Brandeburgo). Art 88 CE, apartado 2. Derecho de defensa. Compatibilidad con el mercado común. Art. 87 CE, apartado 1. Recuperación de las ayudas ilegales. Recuperación de empresas distintas de la beneficiaria inicial.
29-04-2004	C-181/02 P	Comisión Europea/Kvaerner Wamow Werft GmbH	Recurso de casación. Construcción naval. Decisiones de la Comisión por las que se autorizan las ayudas. Requisito. Respeto de un «límite de capacidad». Concepto.
29-04-2004	C-159/01	Países Bajos/Comisión Europea	Exención parcial del impuesto sobre los minerales a favor de los cultivos en invernadero o en sustrato.
29-06-2004	C-110/02	Comisión Europea/Consejo de la Unión Europea	Ayuda del Gobierno portugués a los ganaderos de porcino. Ayuda destinada a permitir el reembolso de las ayudas declaradas incompatibles con el mercado común. Decisión del Consejo por la que se declara tal ayuda compatible con el mercado común. Ilegalidad. Art. 88 CE, apartado 2, párrafo tercero.
15-07-2004	C-345/02	Pearle bv, Hans Prijs Optiek Franchise bv, Rinck Opticiëns bv/Hoofdbedrijfschap Ambachten,	Concepto de ayuda. Campaña publicitaria colectiva en favor de un sector económico. Financiación a través de una contribución especial a cargo de las empresas de dicho sector. Intervención de un organismo de Derecho público.
14-09-2004	C-276/02	España/Comisión Europea	Concepto. Impago de impuestos y cotizaciones de Seguridad Social por una empresa. Actitud de las autoridades nacionales tras la declaración de suspensión de pagos.
14-10-2004	C-173/02	España/Comisión Europea	Reglamento (CEE) núm. 3950/1992. Organización común del mercado de la leche y de los productos lácteos. Decisión de la Comisión por la que se prohíbe una ayuda para la adquisición de cuotas lecheras.
11-11-2004	C-73/03	España/Comisión Europea	Beneficios fiscales en la transmisión de explotaciones agrícolas. Bonificación de préstamos y garantías para los titulares de explotaciones agrarias.
11-11-2004	C-186/02 P y C-188/02 P	Ramondín, s. A., y Ramondín Cápsulas, s. A., Diputación Foral de Álava/Comisión Europea	Recurso de casación. Medidas fiscales. Desviación de poder. Motivación. Motivos nuevos.
11-11-2004	C-183/02 P y C-187/02 P	Daewoo Electronics Manufacturing España, s. A. (Demesa) y Diputación Foral de Álava y CA del País Vasco/Comisión Europea	Recurso de casación. Medidas fiscales. Confianza legítima. Motivos nuevos.

En el cuadro siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales).

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
01-04-2004	C-99/02	Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 3 y 4 de la Decisión 2000/128/CE de la Comisión, de 11 de mayo de 1999, relativa al régimen de ayudas concedidas por Italia en favor del empleo, al no haber adoptado, dentro de los plazos señalados, todas las medidas necesarias para recuperar de los beneficiarios aquellas ayudas que habían sido consideradas ilegales e incompatibles con el mercado común, con arreglo a la citada Decisión.
29-04-2004	C-91/01	Desestimar el recurso.
29-04-2004	C-372/97	1) Sobreseer el asunto por lo que se refiere a las pretensiones de anulación de los arts. 2 y 5 de la Decisión 98/182/CE de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las ayudas concedidas por la Región Friuli-Venezia Giulia (Italia) a las empresas de transporte de mercancías por carretera de la región, en la medida en que dichos artículos declaran ilegales las ayudas otorgadas a partir del 1 de julio de 1990 a las empresas que operan exclusivamente en el transporte local, regional o nacional. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
29-04-2004	C-298/00 P	Desestimar el recurso de casación y la adhesión a la casación.
29-04-2004	C-278/00	Desestimar el recurso.
29-04-2004	C-277/00	1) Anular la Decisión 2000/567/CE de la Comisión, de 11 de abril de 2000, relativa a la ayuda estatal de Alemania a favor de System Microelectronic Innovation GmbH, Frankfurt/Oder (Brandeburgo) en la medida en que ordena la recuperación de las ayudas concedidas a System Microelektronik Innovation GmbH con cargo a empresas distintas de ésta y de las ayudas concedidas a Silicon Microelektronik Integration GmbH con cargo a empresas distintas de esta última. 2) Desestimar el recurso por lo demás.
29-04-2004	C-181/02 P	Desestimar el recurso de casación.
29-04-2004	C-159/01	Desestimar el recurso.
29-06-2004	C-110/02	Anular la Decisión 2002/114/CE del Consejo, de 21 de enero de 2002, relativa a la autorización de concesión de ayudas por parte del Gobierno de Portugal a los ganaderos portugueses de porcino beneficiarios de las medidas adoptadas en 1994 y 1998.
15-07-2004	C-345/02	Los arts. 87.1 y 88.3 CE deben ser interpretados en el sentido de que los reglamentos adoptados por una corporación profesional de Derecho público, para financiar una campaña publicitaria en favor de sus miembros y que ha sido organizada por éstos mediante recursos percibidos de dichos miembros y obligatoriamente afectados a la financiación de la referida campaña, no forman parte de una ayuda en el sentido de las disposiciones mencionadas y no debían ser notificados previamente a la Comisión, pues está acreditado que tal financiación se efectuó mediante recursos de los que la corporación profesional de Derecho público en ningún momento pudo disponer libremente.
14-09-2004	C-276/02	Anular la Decisión 2002/935/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2002, relativa a una ayuda en favor del Grupo de Empresas Álvarez.
14-10-2004	C-173/02	Desestimar el recurso.
11-11-2004	C-73/03	Desestimar el recurso.
11-11-2004	C-186/02 P y C-188/02 P	1) Acumular los Asuntos C186/02 P y C188/02 P a efectos de la sentencia. 2) Desestimar los recursos de casación.
11-11-2004	C-183/02 P y C-187/02 P	1) Acumular los Asuntos C183/02 P y C187/02 P a efectos de la sentencia. 2) Desestimar los recursos de casación.

También hay que reseñar la adopción de los siguientes Autos adoptados en aplicación de las normas sobre control de ayudas públicas.

Fecha	Asunto	Partes	Materia
28-1-2004	C-164/02_1	Países Bajos/Comisión Europea	Ayuda para el reciclado de fangos de dragado. Medida notificada a la Comisión y autorizada por ésta. Recurso de anulación. Inadmisibilidad.
1-10-2004	C-379/03 P_1	Rafael Pérez Escolar/Comisión Europea	Recurso de casación. Recurso por omisión. Legitimación. Admisibilidad del recurso.

A continuación, se relacionan los anteriores Autos con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
28-1-2004	C-164/02_1	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
1-10-2004	C-379/03 P_1	Desestimar el recurso de casación.

3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relaciona a continuación la Sentencia dictada por el TJCE durante el año 2004 en aplicación de las normas relativas a concentraciones. Se indica su fecha, el número de asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. Esta sentencia puede consultarse en la *web* del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
22-06-2004	C-42/01	Portugal / Comisión Europea	Control comunitario de las operaciones de concentración entre empresas. Art. 21, apartado 3, del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo. Protección de intereses legítimos por parte de los Estados miembros. Competencia de la Comisión.

A continuación, se relaciona la anterior Sentencia con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
22-06-2004	C-42/01	Desestimar el recurso de anulación.

4. NORMAS RELATIVAS A LA LIBERALIZACIÓN

Se relaciona a continuación las Sentencias dictadas por el TJCE durante el año 2004 en aplicación de las normas relativas a la liberalización. Se indica su fecha, el número de asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. Esta Sentencia puede consultarse en la *web* del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>).

Fecha	Asunto	Partes	Materia
07-01-2004	C-500/01	Comisión Europea / España	Incumplimiento de Estado. Mercado de servicios de telecomunicaciones. Reequilibrio de tarifas. Acceso al bucle de abonado. Directiva 90/388/CEE. Art. 4 quater.
09-03-2004	C-314/03	Comisión Europea / Luxemburgo	Incumplimiento de Estado. Directiva 2000/52/CE. Transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.
11-03-2004	C-249/02	Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (Asempre), Asociación Nacional de Empresas de Externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería/Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, Administración General del Estado	Servicios postales. Directiva 97/67/CE. Servicios reservados a los proveedores del servicio postal universal. Concepto de autoprestación. Inclusión del giro postal.
17-06-2004	C-99/03	Comisión Europea/Irlanda	Incumplimiento de Estado. Directiva 2000/52/CE. Transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.
15-07-2004	C-119/03	Comisión Europea/Francia	Incumplimiento de Estado. No transposición de la Directiva 2000/52/CE. Transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.
15-07-2004	C-141/03	Comisión Europea/Suecia	Incumplimiento de Estado. No transposición de la Directiva 2000/52/CE en el plazo señalado. Transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

A continuación, se relaciona las anteriores Sentencias con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
07-01-2004	C-500/01	Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en el art. 4 quater de dicha Directiva.

Fecha	Asunto	Pronunciamiento
09-03-2004	C-314/03	Declarar que Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas, al no haber adoptado las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva.
11-03-2004	C-249/02	<p>1) El art. 7 de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, debe interpretarse, a la luz del vigésimo primer considerando de ésta, en el sentido de que no permite someter la autoprestación a los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> — que el destinatario sea la misma persona que el remitente; — que los servicios no sean consecuencia de la actividad comercial o empresarial del proveedor de servicios; — que los servicios no se presten por el sistema de valijas u otros procedimientos semejantes, y — que estas operaciones no perturben los servicios reservados al proveedor del servicio universal. <p>2) Los servicios de giro postal, consistentes en la realización de pagos a través de la red postal pública en favor de personas físicas o jurídicas por cuenta y encargo de otras, no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 97/67.</p>
17-06-2004	C-99/03	Declarar que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas, al no haber adoptado las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva.
15-07-2004	C-119/03	Declarar que Francia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas, al no haber adoptado las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva.
15-07-2004	C-141/03	Declarar que Suecia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas, al no haber adoptado las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva.

ESPAÑA

1. LEGISLACIÓN ESTATAL

CUARTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

— Real Decreto 2595/2004, de 20 de diciembre, relativo a la aplicación de la Ley 18/1997, de 13 de mayo, de Fomento de la Competencia.

Este Real Decreto sustituye al Real Decreto 297/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de la competencia. Se trata de una adaptación de la legislación europea a los modelos de mercado más por el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativa la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y por el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Finalmente, este nuevo Real Decreto refleja la nueva estructura orgánica del Ministerio de Economía y Hacienda establecida en el Real Decreto 1530/2004.

— Real Decreto 1202/2004, de 23 de junio, por el que se regula la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, con arreglo a la Ley 26 de junio de 2004.

El art. 45 de esta Ley establece que corresponden a la Dirección General de Defensa de la Competencia todas las facultades y funciones que la Ley 18/1997, de 13 de mayo, de Fomento de la Competencia, atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia. Entre las funciones se encuentran, entre otras, las relativas a los procedimientos.

— Nueva Ley 23/2004, de 26 de diciembre, de 17 de agosto, relativa al Reglamento del Sector Petrolero (Real Decreto 145 de 27 de noviembre de 2004).

— Norma de Aparatos de la Ley 18/1997, de 13 de mayo, de Fomento de la Competencia, con arreglo a la Ley 26 de junio de 2004 que se promulga en el programa diario del Ministerio de Economía y Hacienda. El objeto de esta norma es el desarrollo de la Ley 18/1997, de Fomento de la Competencia, en el ámbito de la legislación petrolera que afecta a los precios del crudo y al precio de las

ESPAÑA

1. LEGISLACIÓN ESTATAL

— Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia (*BOE*, núm. 308, de 23 de diciembre de 2004).

Este Real Decreto sustituye al Real Decreto 297/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de la competencia. Se trata de una adaptación de la legislación española a las novedades introducidas por el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y por el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Finalmente, este nuevo Real Decreto refleja la nueva estructura orgánica del Ministerio de Economía y Hacienda establecida en el Real Decreto 1552/2004.

— Real Decreto 1552/2004, de 25 de junio, por el que se regula la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda (*BOE*, núm. 154, de 26 de junio de 2004).

El art. 15 de esta norma establece que corresponden a la Dirección General de Defensa de la Competencia todas las facultades y funciones que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia. Estas facultades se especifican en el apartado tercero de este precepto.

— Real Decreto 2387/2004, de 30 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario (*BOE*, núm. 315, de 31 de diciembre de 2004).

Norma de desarrollo de la La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (*BOE*, núm. 276, de 18 de noviembre de 2003), que se fundamenta en la progresiva obertura del transporte ferroviario a la competencia. El órgano que debe velar por esta liberalización es el Comité de Regulación Ferroviaria que ejerce sus funciones «con pleno respeto a las

competencias que la Ley 16/1989 atribuye a los órganos de defensa de la competencia (art. 148 del Real Decreto 2387/2004).

Concretamente, el art. 157 del Real Decreto dispone:

«Art. 157. Funciones en relación con los órganos de defensa de la competencia.

1. Cuando el Comité de Regulación Ferroviaria detecte la existencia de indicios de prácticas que impidan o limiten la competencia y estén prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de prueba a su alcance.

2. El Comité de Regulación Ferroviaria informará preceptivamente en los expedientes tramitados por los órganos de defensa de la competencia en materia ferroviaria, por conductas prohibidas, de autorización singular y de control de concentraciones en las que la adopción final corresponda al Consejo de Ministros. El citado informe deberá ser evacuado en un plazo máximo de quince días».

— Real Decreto 2351/2004, de 23 diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico (BOE, núm. 309, de 24 de diciembre de 2004; rect. BOE, núm. 314, de 30 de diciembre de 2004).

«Octavo. Supervisión.

Sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Adicional undécima.tercero.1, función undécima, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en relación con el Título X de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la Comisión Nacional de Energía, en el ejercicio de la función duodécima de la Disposición Adicional undécima, podrá solicitar la información que considere necesaria. Cuando detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, y aportará todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos».

— Real Decreto 2296/2004, de 10 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (BOE, núm. 314, de 30 de diciembre de 2004).

El art. 3 de esta norma dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo, como mínimo cada dos años y, en todo caso, tras la adopción de las recomendaciones de la Comisión Europea relativas a mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, un análisis de los mercados de referencia. Estos análisis se realizarán teniendo en cuenta las directrices establecidas por la Comisión Europea y previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia.

— Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (*BOE*, núm. 267, de 5 de noviembre de 2004; rect. *BOE*, núm. 28, de 2 de febrero de 2005)

El art. 40 de este Real Decreto Legislativo regula el régimen sancionador al que están sometidas las entidades aseguradoras. En este sentido dispone, con carácter general, que las entidades aseguradoras, incluidas las dominantes de grupos consolidables de entidades aseguradoras, las entidades que, en su caso, deban formular y aprobar las cuentas e informes consolidados de tales grupos, así como las personas físicas o entidades que sean titulares de participaciones significativas o desempeñen cargos de administración o dirección en cualquiera de las entidades anteriores, y los liquidadores de entidades aseguradoras, que infrinjan normas de ordenación y supervisión de los seguros privados, incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en los artículos siguientes. A continuación, especifica que se considera una infracción muy grave de normas de ordenación y supervisión de los seguros privados:

«La realización de prácticas abusivas, distintas de las tipificadas como infracciones administrativas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que perjudiquen el derecho de los asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o de otras entidades aseguradoras [art. 40.3.h) del Real Decreto Legislativo 6/2004]».

2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

— Ley 6/2004, de 12 de julio, por la que se regulan los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia (*BOE*, núm. 201, de 20 de agosto de 2004; *DO Galicia*, núm. 141, de 22 de julio de 2004).

Los órganos gallegos de defensa de la competencia son el Servicio Gallego de Defensa de la Competencia y el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia. El Servicio Gallego de Defensa de la Competencia se integra en dentro de la estructura orgánica de la *conselleria* competente en materia de economía y hacienda de la *Xunta* de Galicia. Sus funciones son de investigación y vigilancia de los mercados, de instrucción de expedientes sancionadores y de autorización en materia de defensa de la competencia.

La configuración jurídica del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia es de organismo autónomo de carácter administrativo adscrito a la *Conselleria* competente en materia de economía y hacienda, con competencias de resolución de los procedimientos sancionadores, de autorización de acuerdos, consultivas y de emisión de informes. El Tribu-

nal Gallego de Defensa de la Competencia estará regido por el pleno, integrado por el presidente o presidenta y dos vocales, nombrados por el *Consello* de la *Xunta* de Galicia, a propuesta del *conselleiro* competente en materia de economía y hacienda.

— Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (*BO Comunidad de Madrid*, núm. 310, de 30 de diciembre de 2004).

Se crea el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, en el marco del art. 26.1.1 del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad, configurado como un organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito a la Consejería competente en la materia. Son competencia de este Tribunal los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1.6 y 7 de la Ley 16/1989, así como las autorizaciones a que se refiere el art. 4 de esta Ley. El Tribunal de la Competencia de la Comunidad de Madrid ejerce las funciones de instrucción y de resolución de los expedientes. Además, tiene competencias consultivas. Los órganos de Tribunal de la Competencia de la Comunidad de Madrid son el Presidente, la Sala, el Servicio de Defensa de la Competencia y la Secretaría General.

— Decreto 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia (*BORM*, núm. 43, de 21 de febrero de 2004).

UNIÓN EUROPEA

— XXXIII Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la política de competencia (2003), aprobado por la Comisión el 4 de junio de 2004.

Con este informe, publicado en relación con el Informe General sobre la actividad de la Unión Europea, la Comisión presenta las modificaciones importantes introducidas en su organización interna y en sus métodos de trabajo en el ámbito de la competencia. Asimismo, ilustra su manera de garantizar la coherencia de la gobernanza económica europea compaginando la continuidad y la necesidad de adoptar nuevos enfoques. La Comisión describe sus trabajos dirigidos a la aplicación práctica del marco procesal modernizado para aplicar a los nuevos Estados miembros la legislación en materia de acuerdos y de posiciones dominantes, el Reglamento sobre las concentraciones y el control de las ayudas estatales. Hace un resumen de sus actividades en todos los ámbitos que componen la política de competencia, establece estadísticas sobre la forma en que aplica la legislación sobre la competencia en 2003 y presenta sus perspectivas para el año 2004 (http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/).

— Comunicación de la Comisión «Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva, de 20 de abril de 2004» [COM (2004) 293 final].

En este documento, la Comisión destaca que la política de competencia es una de las políticas comunitarias que tienen incidencia en la economía de Europa. Es un elemento clave de una política coherente e integrada, orientada a estimular la competitividad de la industria europea y a alcanzar los objetivos de la estrategia de Lisboa. El nuevo marco regulador de la competencia, que entra en vigor justamente en la fecha de la adhesión de los diez nuevos Estados miembros a la Unión Europea, el 1 de mayo de 2004, ensancha las bases para una política de competencia proactiva. Al mismo tiempo, la Comisión responde a la petición formulada por el Consejo de que informe acerca de su nuevo enfoque. Define la política de competencia proactiva como una mejora del marco regulador de la competencia que facilita la actividad económica, la amplia difusión

del conocimiento, mejores condiciones para los consumidores y la reestructuración económica eficiente en todo el mercado interior, pero también como una actuación orientada a eliminar las barreras de entrada y los obstáculos a la competencia efectiva que más restringen la competencia en el mercado interior y que ponen en peligro la competitividad de las empresas europeas. Por último, la Comisión describe el vínculo que existe entre la política de competencia y la competitividad de Europa, resume la reciente refundición completa y en curso del Derecho de competencia de la Unión, y demuestra la contribución significativa que los instrumentos jurídicos reformados de la política de competencia pueden aportar para mejorar la competitividad de las empresas europeas y el crecimiento de la economía europea.

1. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

A. DISPOSICIONES GENERALES

— La Comisión ha adoptado el conjunto de textos designado con el nombre de «Paquete modernización» que completa el Reglamento (CE) núm. 1/2003, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE. Incluye un reglamento y seis comunicaciones de la Comisión que aclaran aspectos importantes del nuevo sistema de aplicación de los arts. 81 y 82 y, en particular, el funcionamiento de la red de autoridades de competencia. Los otros documentos se refieren en particular a: la aplicación del apartado 3 del art. 81 en el nuevo sistema, el concepto de efecto en el comercio entre Estados miembros, la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, la posibilidad para la Comisión de dar orientaciones informales a las empresas y la tramitación de las denuncias por la Comisión. Los nuevos textos, como el Reglamento (CE) núm. 1/2003, son aplicables desde el 1 de mayo de 2004.

- Reglamento (CE) núm. 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE (*DOUE*, núm. L 123, de 27 de abril de 2004, p. 18).
- Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (*DOUE*, C 101, de 27 de abril de 2004, p. 43).
- 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 (*DOUE*, núm. L 123, de 27 de abril de 2004, p. 54).
- 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 (*DOUE*, núm. L 123, de 27 de abril de 2004, p. 65).

- Comunicación de la Comisión 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) (*DOUE*, núm. L 123, de 27 de abril de 2004, p. 78).
- Comunicación de la Comisión Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado (*DOUE*, núm. L 123, de 27 de abril de 2004, p. 81).
- Comunicación de la Comisión Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (*DOUE*, núm. L 123, de 27 de abril de 2004, p. 97).

— Proyecto de Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo (*DOUE*, núm. C 259, de 21 de octubre de 2004, p. 8).

Proyecto relativo al acceso al expediente de la Comisión es una de las garantías procesales destinadas a aplicar el principio de igualdad procesal y a proteger los derechos de la defensa en el marco de los procedimientos derivados de los Reglamentos núms. 1/2003 (prácticas restrictivas) y 82/2004 (concentraciones). La Comisión abrió un período de información pública que finalizó el 2 de diciembre de 2004.

— Informe de la Comisión sobre la competencia en el sector de las profesiones liberales, de 9 de febrero de 2004 [COM (2004) 83 final].

En este documento, la Comisión expone su opinión, desde el punto de vista de la política de competencia, sobre la reforma o la modernización de algunas normas aplicables a las profesiones liberales. Invita a todas las partes interesadas a unir sus esfuerzos con el fin de revisar o suprimir determinadas restricciones que podrían limitar la competencia. En particular, pide a las autoridades responsables de la reglamentación en los Estados miembros y a las organizaciones profesionales que examinen de nuevo las normas en vigor y determinen si son necesarias en aras del interés general, si son proporcionales y si están justificadas. Por último, prevé que, a partir del 1 de mayo de 2004, las autoridades nacionales de competencia tendrán un papel más prominente en la evaluación de la legalidad de las normas aplicadas por las profesiones liberales (<http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/libprofconference.html>).

B. DISPOSICIONES SECTORIALES

— Reglamento (CE) núm. 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (*DOCE*, núm. L 123, de 27 de abril de 2004, p. 11).

Reglamento que sustituye al anterior Reglamento (CE) núm. 240/1996 con el objetivo de mejorar las normas aplicables a los acuerdos de transferencia de tecnología en materia de claridad, ámbito de aplicación, así como de protección de la competencia y la innovación. Los nuevos métodos de aplicación de la política de competencia a la concesión de licencias, patentes, conocimientos técnicos y derechos de autor de programas informáticos pretenden crear una nueva esfera de seguridad.

— Comunicación de la Comisión «Directrices relativas a la aplicación del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología» (*DOUE*, núm. C 101, de 27 de abril 2004, p. 2).

Comunicación explicativa del Reglamento (CE) núm. 772/2004 de la Comisión, de exención por categoría de determinados acuerdos de transferencia de tecnología.

— Reglamento (CE) núm. 411/2004 del Consejo, de 26 de febrero de 2004, por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 3975/1987 y se modifican el Reglamento (CEE) núm. 3976/1987 y el Reglamento (CE) núm. 1/2003, en lo que respecta al transporte aéreo entre la Comunidad y terceros países (*DOUE*, núm. L 68, de 6 de marzo de 2004, p. 1).

Con este Reglamento, el Consejo atribuye a la Comisión competencias claras para el examen de las operaciones entre empresas aéreas que hacen vuelos entre la Unión y países terceros. Estas operaciones no están cubiertas ni por el Reglamento (CEE) núm. 3975/1987 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo, ni el propio Reglamento (CE) núm. 1/2003.

— Reglamento (CE) núm. 463/2004, de la Comisión de 12 de marzo de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 823/2000 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) (*DOUE*, núm. L 77, de 13 de marzo de 2004, p. 23).

Con este Reglamento, la Comisión modifica el Reglamento (CE) núm. 463/2004 de la Comisión que contempla una exención por categoría para los consorcios con el fin de ajustarlo a los cambios de procedimiento del nuevo mecanismo de aplicación de las normas de la competencia. Los cambios, que no se refieren a la sustancia de la exención, en vigor hasta abril de 2005, incluyen en particular la abolición del procedimiento de oposición.

— Reglamento (CE) núm. 502/2004 del Consejo, de 11 de marzo de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1177/2002, relativo a un mecanismo defensivo temporal para la construcción naval (*DOUE*, núm. L 81, de 19 de marzo de 2004, p. 6).

La Comisión prolonga el mecanismo de apoyo financiero a la construcción naval hasta el 31 de marzo de 2005, con el fin de que el sector pueda ser reestructurado en la medida necesaria para reforzar su competitividad internacional. La Decisión se ha adoptado habida cuenta de las circunstancias excepcionales que han impedido que se pudiera hallar una solución bilateral, en particular en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Esta decisión se enmarca en el Reglamento (CE) núm. 1177/2002 del Consejo, relativo a un mecanismo defensivo temporal para la construcción naval (*DOCE*, núm. L 172, de 2 de julio de 2002), modificando su fecha de expiración inicialmente fijada en el 31 de marzo de 2004, por la nueva fecha de 31 de marzo de 2005.

— Consulta pública en relación a la futura revisión o prórroga del Reglamento (CEE) núm. 1617/1993 de la Comisión, de 25 de junio de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos.

La consulta finalizó el 6 de septiembre de 2004. Los documentos relativos a este proceso están disponibles en <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/>.

— Libro Blanco relativo a la revisión del Reglamento (CEE) núm. 4056/86 que determina las disposiciones de aplicación de las normas europeas de competencia a los transportes marítimos, de 13 de octubre de 2004 [COM (2004) 675 final].

La Comisión presenta posibles propuestas de acción comunitaria en cuanto a la competencia en el transporte marítimo. En concreto, estudia la oportunidad de mantener, modificar o abrogar las disposiciones vigentes del Reglamento (CEE) núm. 4056/1986. La Comisión también analiza la cuestión de saber si convendría eliminar la exención por categoría que se concede actualmente en las conferencias marítimas con arreglo a dicho Reglamento y reemplazarla por otros instrumentos comunitarios (como una nueva exención por categoría o una serie de directrices) que cubrirían cualquier nuevo marco de cooperación comercial entre operadores de servicios de línea en los trayectos con destino a la Unión Europea o que partan de ella.

2. CONTROL DE CONCENTRACIONES

— Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DOUE*, núm. L 24, de 29 de enero de 2004, p. 1).

El Reglamento (CE) núm. 139/2004 entró en vigor el 1 de mayo de 2004, sustituyendo desde esta fecha al Reglamento (CEE) núm. 4064/1989. El Reglamento (CE) núm. 139/2004 contiene numerosas novedades relativas a: el criterio sustantivo de control de las concentraciones, el procedimiento (plazos de investigación, plazos de notificación, mayores poderes indagatorios, procedimiento en caso de anulación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y los aspectos jurisdiccionales (reparto de asuntos, determinación de los asuntos con dimensión comunitaria y de los asuntos sin dimensión comunitaria y medidas de seguimiento).

— Reglamento (CE) núm. 802/2004, de la Comisión de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DOUE*, núm. L 133, de 30 de abril de 2004, p.1; corr. *DOUE*, núm. L 172, de 6 de mayo de 2004, p. 9).

Este Reglamento, destinado a aplicar el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, aplicable a partir del 1 de mayo de 2004, sustituye al Reglamento (CE) núm. 447/1998. Incluye en los anexos formularios de notificación (formulario CO revisado y nuevo formulario abreviado) así como un proyecto de nuevo formulario para la presentación de solicitudes de remisión previa a la notificación por las empresas que son parte de la concentración (formulario EM).

3. AYUDAS DE ESTADO

— Reglamento de la Comisión (CE) núm. 794/2004, del 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93 del Tratado CE (*DOU*, núm. L 140, de 30 de abril de 2004, p. 1).

El presente Reglamento, denominado de racionalización del sistema de control de las ayudas públicas, establece disposiciones de aplicación referentes a la forma, el contenido y a otros detalles de las notificaciones e informes anuales contemplados en el Reglamento (CE) núm. 659/1999. Establece asimismo disposiciones para el cálculo de plazos en todos los procedimientos en materia de ayudas estatales y del tipo de interés para la recuperación de ayuda ilegales. Los nuevos formularios de notificación pueden descargarse en la dirección http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/forms.html.

— Comunicación de la Comisión relativa a los documentos obsoletos sobre la política de ayudas estatales (*DOUE*, núm. C 115, de 30 de abril de 2004, p. 1).

A lo largo de los años, la Comisión ha aprobado una serie de textos sobre cuestiones de procedimiento en el ámbito de las ayudas estatales. Como consecuencia de la adopción por la Comisión del Reglamento (CE) núm. 794/2004 de la Comisión, algunos de estos textos han quedado obsoletos. Son textos que se refieren a la obligación de notificación, a los procedimientos de notificación, incluidas las notificaciones aceleradas, al informe anual, a los plazos y al reembolso de ayudas ilegales.

— Reglamento (CE) núm. 363/2004 de la Comisión, de 25 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 68/2001 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (*DOUE*, núm. L 63, de 28 de febrero de 2004, p. 20).

Reglamento que modifica parcialmente el Reglamento (CE) núm. 68/2001 con el objetivo principal de establecer una definición idéntica de «pequeña y mediana empresa». En este sentido, reemplaza la definición hasta ahora vigente a los efectos de este reglamento por una remisión expresa a la definición que establece el Reglamento (CE) núm. 70/2001 de la Comisión, relativo a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas.

— Reglamento (CE) núm. 364/2004 de la Comisión, de 25 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 70/2001 con vistas a ampliar su alcance a las ayudas de investigación y desarrollo (*DOUE*, núm. L 63, de 28 de febrero de 2004, p. 22).

Se amplía el alcance del Reglamento (CE) núm. 70/2001 de la Comisión, relativo a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas de forma que cubra las ayudas de investigación y desarrollo concedidas a las pequeñas y medianas empresas en el mayor número de sectores posible. Ello requiere que se modifiquen determinadas definiciones del Reglamento (CE) núm. 70/2001 a fin de tener en cuenta las particularidades de las ayudas estatales de investigación y desarrollo, y añadirse otras.

— Comunicación de la Comisión relativa a las nuevas directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (*DOUE*, núm. C 244, de 1 de octubre de 2004, p. 2)

Las nuevas directrices introducen precisiones relativas a la admisibilidad de una empresa (que se considera como de reciente creación durante los tres años siguientes al inicio de su actividad). Se refuerza el principio de la no recurrencia de las ayudas, así como las normas por las que se prohíbe una nueva ayuda a una empresa que no reembolsa ayudas anteriormente declaradas ilegales. Las nuevas normas ya permiten ciertas medidas urgentes de reestructuración durante la fase de salvamento que está por el contrario estrictamente limitada en el tiempo (seis meses). Se precisan las contrapartidas posibles y la contribución obligatoria de las empresas a los costes de su reestructuración, que es del 25 por 100 para las pequeñas empresas, del 40 por 100 para las empresas medianas y del 50 por 100 para las grandes empresas.

— Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al seguimiento de la comunicación de la Comisión sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual, y propuesta de recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al patrimonio cinematográfico y la competitividad de las actividades industriales relacionadas, de 16 de marzo de 2004 [COM (2004) 171].

Tras una extensa consulta de grupos de expertos de cine, la Comisión extiende, en su comunicación, la validez de los criterios de compatibilidad específicos para las ayudas nacionales a la producción cinematográfica y televisiva, definidos en su comunicación de 2001, hasta el 30 de junio de 2007. No obstante, precisa que, durante estos tres años, estudiará minuciosamente los efectos de los regímenes de las ayudas estatales actuales, y muy especialmente el impacto económico y cultural de las cláusulas llamadas de «territorialización» impuestas por algunos Estados miembros, teniendo en cuenta, en particular, su impacto en las coproducciones, así como los retos que tendrá que afrontar el mercado audiovisual europeo.

— Cuestionario de consulta pública para la revisión de la Comunicación sobre ayudas estatales y capital riesgo

La Comunicación de la Comisión «Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva», de 20 de abril de 2004, confirma que la Comunicación de la Comisión de 2001 sobre esta cuestión deberá ser revisada durante el año 2005 como un elemento más de la revisión general de las ayudas horizontales relevantes para la Estrategia de Lisboa. En este marco y como primer paso de esta revisión, la Comisión ha hecho público un cuestionario sobre la aplicación de la Comunicación de 2001 (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html#risk).

— Reglamento (CE) núm. 1/2004, de 23 de diciembre de 2003, sobre la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos agrarios (DOUE, núm. L 1, de 3 de enero de 2004, p. 1).

Este Reglamento 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. 994/1998 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.

— Reglamento (CE) núm. 1595/2004 de la Comisión, de 8 de septiembre de 2004, sobre la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca (*DOUE*, núm. L 291, de 14 de septiembre de 2004, p. 3).

Este Reglamento 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. 994/1998 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. Este reglamento de exención por categoría sólo cubre determinados tipos de ayudas al sector pesquero.

— Directrices para el examen de las ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura (*DOUE*, núm. C 229, de 14 de septiembre de 2004, p. 5).

Las presentes Directrices se aplican a la totalidad del sector pesquero y atañen a la explotación de los recursos acuáticos vivos y de la acuicultura, así como a los medios de producción, transformación y comercialización de los productos obtenidos, exceptuando las actividades de pesca deportiva o recreativa cuyas capturas no se destinan a la venta.

— Reglamento (CE) núm. 1860/2004 de la Comisión, de 6 de octubre de 2004, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* en los sectores agrario y pesquero (*DOUE*, núm. L 325, de 28 de octubre de 2004, p. 4).

Este Reglamento exige del requisito de notificación previa a las ayudas nacionales menores de 3.000 € por agricultor y pescador durante tres años. Este Reglamento completa el actual Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión sobre ayudas *de minimis* que excluye de su ámbito de aplicación la agricultura y la pesca.

— Comunicación de la Comisión sobre las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo (*DOUE*, núm. C 13, de 14 de enero de 2004, p. 3).

La presente comunicación, que sustituye a las Directrices de 1997, pretende establecer los parámetros a partir de los cuales se aprobarán las ayudas de Estado al transporte marítimo, de conformidad con las normas y procedimientos comunitarios previstos por la Comisión en esta materia en la letra c) del apartado 3 del art. 87 o en el apartado 2 del art. 86 del Tratado.

— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Actualización primavera de 2004», de 20 de abril de 2004 [COM (2004) 256].

El marcador de ayudas estatales confirma que, para el año 2002, la mayoría de los Estados miembros están reduciendo los niveles de ayuda,

en porcentaje del PIB, reorientándola al mismo tiempo hacia objetivos horizontales de interés comunitario, como el fortalecimiento de la cohesión económica y social, la protección del medio ambiente, el fomento de la investigación y el desarrollo y las pequeñas y medianas empresas. (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/).

— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Actualización otoño de 2004», de 16 de noviembre de 2004 [COM (2004) 750].

El segundo marcador del año 2004 se centra básicamente en la situación en los nuevos Estados miembros. La Comisión llega a la conclusión de que los diez nuevos miembros de la Unión Europea gastan más que los antiguos en ayudas estatales a las empresas, gastos calculados en porcentaje de su producto interior bruto (PIB). No obstante, este informe debería equilibrarse a medida que estos países superan algunas dificultades consustanciales a su economía antes de la adhesión. La Comisión destaca que, no obstante, los nuevos Estados miembros han sabido adaptarse de manera extraordinaria a la economía de mercado y controlar las ayudas a las empresas. Las cifras sobre la Europa de los Quince ponen de manifiesto que los antiguos Estados miembros han respondido favorablemente al llamamiento en favor de ayudas de menor cuantía pero mejor adaptadas, un proceso que deberá seguir adelante en los próximos años. (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/).

4. LIBERALIZACIÓN

— Reglamento (CE) núm. 549/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se fija el marco para la creación del cielo único europeo (Reglamento marco). Declaración de los Estados miembros sobre aspectos militares relacionados con el cielo único europeo (*DOUE*, núm. L 96, de 31 de marzo de 2004, p. 1).

Este Reglamento marco establece una serie de disposiciones de carácter global por las que se fija el marco general para la realización del cielo único europeo.

— Reglamento (CE) núm. 550/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, relativo a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo (Reglamento de prestación de servicios) (*DOUE*, núm. L 96, de 31 de marzo de 2004, p. 10).

Reglamento que establece las exigencias comunes que garanticen la interoperabilidad y la prestación sin fisuras de los servicios de navegación aérea en toda la Comunidad. Se crea un sistema armonizado de certificación y una serie de normas para la designación de los proveedores de servicios.

- Reglamento (CE) núm. 793/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 95/1993 del Consejo, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios (*DOUE*, núm. L 138, de 30 de abril de 2004, p. 50).

El presente Reglamento constituye el primer paso de un proceso global de revisión, a fin de tener en cuenta la evolución del sector, en particular en lo que respecta a los nuevos entrantes y las cuestiones de acceso al mercado.

5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

— Acuerdo sobre los parámetros del diálogo sobre política de competencia UE-China, de 6 de mayo de 2004 (http://europa.eu.int/comm/competition/international/bilateral/documents/cn3_en.html).

UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA PROACTIVA PARA UNA EUROPA COMPETITIVA*

INTRODUCCIÓN QUINTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

El presente documento constituye un primer paso en el desarrollo de la política de competencia de la Unión Europea. Su elaboración ha sido el resultado de un proceso de consulta pública que ha permitido recoger las opiniones de los interesados en el tema.

La política de competencia es uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea. Su objetivo principal es garantizar la libre competencia en el mercado interno y promover la eficiencia económica y el bienestar de los ciudadanos. Esta política se basa en los principios de igualdad de oportunidades y de libre competencia, que son esenciales para el funcionamiento correcto del mercado único. La Unión Europea ha adoptado una serie de medidas para garantizar la competencia en el mercado único, como la prohibición de acuerdos anticompetitivos y de abusos de posición dominante.

El presente documento establece los principios básicos de la política de competencia de la Unión Europea. Su objetivo principal es garantizar la libre competencia en el mercado interno y promover la eficiencia económica y el bienestar de los ciudadanos. Esta política se basa en los principios de igualdad de oportunidades y de libre competencia, que son esenciales para el funcionamiento correcto del mercado único. La Unión Europea ha adoptado una serie de medidas para garantizar la competencia en el mercado único, como la prohibición de acuerdos anticompetitivos y de abusos de posición dominante.

El presente documento establece los principios básicos de la política de competencia de la Unión Europea. Su objetivo principal es garantizar la libre competencia en el mercado interno y promover la eficiencia económica y el bienestar de los ciudadanos. Esta política se basa en los principios de igualdad de oportunidades y de libre competencia, que son esenciales para el funcionamiento correcto del mercado único. La Unión Europea ha adoptado una serie de medidas para garantizar la competencia en el mercado único, como la prohibición de acuerdos anticompetitivos y de abusos de posición dominante.

El presente documento establece los principios básicos de la política de competencia de la Unión Europea. Su objetivo principal es garantizar la libre competencia en el mercado interno y promover la eficiencia económica y el bienestar de los ciudadanos. Esta política se basa en los principios de igualdad de oportunidades y de libre competencia, que son esenciales para el funcionamiento correcto del mercado único. La Unión Europea ha adoptado una serie de medidas para garantizar la competencia en el mercado único, como la prohibición de acuerdos anticompetitivos y de abusos de posición dominante.

El presente documento establece los principios básicos de la política de competencia de la Unión Europea. Su objetivo principal es garantizar la libre competencia en el mercado interno y promover la eficiencia económica y el bienestar de los ciudadanos. Esta política se basa en los principios de igualdad de oportunidades y de libre competencia, que son esenciales para el funcionamiento correcto del mercado único. La Unión Europea ha adoptado una serie de medidas para garantizar la competencia en el mercado único, como la prohibición de acuerdos anticompetitivos y de abusos de posición dominante.

* Documento de la Comisión, COM(2004) 371 final, de 20 de mayo de 2004.

UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA PROACTIVA PARA UNA EUROPA COMPETITIVA *

1. INTRODUCCIÓN

Un mercado interior competitivo y abierto es la mejor garantía de aumento de la eficiencia y del potencial innovador de las empresas europeas. Una competencia vigorosa es, por tanto, un factor clave para la competitividad y el crecimiento económico.

La política de competencia es una de las políticas comunitarias que tienen incidencia en la economía de Europa. Es un elemento clave de una política coherente e integrada orientada a estimular la competitividad de la industria europea y a alcanzar los objetivos de la estrategia de Lisboa. El nuevo marco regulador de la competencia, que entrará en vigor justamente en la fecha de la adhesión de los diez nuevos Estados miembros a la Unión Europea, el 1 de mayo de 2004, ensanchará las bases para una política de competencia proactiva.

Es ésta una buena ocasión para que la Comisión explique cómo se propone aplicar el nuevo enfoque proactivo de la política de competencia. Al mismo tiempo, esta Comunicación responde a la petición formulada por el Consejo en sus Conclusiones de 11 de marzo de 2004 de que la Comisión informe acerca de su nuevo enfoque.

En el Consejo Europeo de primavera de 26 de marzo de 2004, los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE, en su afán por revitalizar la estrategia de Lisboa, consideraron prioritario el objetivo de fortalecer la competencia mejorando el funcionamiento de los mercados y fomentando la innovación y la I + D.

Una política de competencia proactiva se caracteriza por:

— La mejora del marco regulador de la competencia, para propiciar una actividad económica vigorosa, una gran difusión de los conocimientos, mejores condiciones para los consumidores y una reestructuración económica eficiente en todo el mercado interior.

* Comunicación de la Comisión, COM (2004) 293 final, 20 de abril de 2004.

— Una actuación orientada a eliminar las barreras de entrada y los obstáculos a la competencia efectiva que más restringen la competencia en el mercado interior y que ponen en peligro la competitividad de las empresas europeas.

La política de competencia complementa y refuerza otras políticas comunitarias que contribuyen a la estrategia de Lisboa¹. En este contexto, cabe llamar la atención, en particular, sobre la Comunicación de la Comisión sobre la política industrial en la Europa ampliada², adoptada en la misma fecha que la presente Comunicación.

2. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA CONTRIBUYE A LA COMPETITIVIDAD Y AL CRECIMIENTO ECONÓMICO

El sistema de gobernanza económica de la UE y el propio Tratado CE se basan en el «*principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*». En 2000, los Estados miembros firmaron en Lisboa un programa de reformas económicas destinadas a convertir a la UE en «*la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo*» en un plazo que finaliza en 2010.

Una competencia vigorosa, propiciada y protegida por la política de competencia de la UE, se considera, justamente, como un elemento indispensable para alcanzar el objetivo de competitividad de la Unión Europea y para la estrategia de Lisboa.

A. LA COMPETENCIA CONDUCE A UNA MAYOR PRODUCTIVIDAD Y GENERA BENEFICIOS TANGIBLES

La competitividad es un indicador de la capacidad de una economía de crear bienes y servicios valiosos de manera productiva en un mundo globalizado al objeto de aumentar el nivel de vida de los ciudadanos y generar niveles de empleo elevados. Una competencia vigorosa en un entorno empresarial propicio es un factor clave para el crecimiento de la productividad y de la competitividad. Ahora bien, la competencia no es un fin en sí. Es un proceso de mercado vital que recompensa a las empresas que ofrecen precios más bajos, mayor calidad, productos nuevos y una oferta de productos más amplia.

Aunque el Gobierno y el sector público desempeñan legítimamente un papel crucial en muchas esferas de la actividad económica, unos mer-

¹ Algunas cuestiones clave de la competitividad en Europa: hacia un enfoque integrado, Comunicación de la Comisión, COM (2003)704 final.

² COM (2004) 274 final.

cados competitivos garantizan la producción de la variedad y cantidad deseadas de bienes y servicios, el que éstos respondan de la mejor manera posible a las necesidades de los consumidores y el que sean producidos con el menor coste posible para la sociedad. Un sistema basado en unos mercados —tanto ascendentes como descendentes— que funcionen correctamente constituye un mecanismo eficaz para lograr una asignación eficiente de los recursos. El sector de las telecomunicaciones, que en la UE está liberalizado, es un ejemplo de los efectos benéficos de las fuerzas competitivas³. La Comisión también ha seguido en otros sectores, como la energía, los transportes y los servicios postales, una política de apertura de los mercados a una mayor competencia. Además, la evaluación horizontal de los servicios de interés económico general⁴ ha demostrado que una apertura cuidadosa de estos mercados a la competencia, que respete las obligaciones de servicio público definidas con total independencia por las autoridades responsables, ha resultado muy beneficiosa para los usuarios.

La competencia también fuerza a las empresas a innovar y a reorganizar sus actividades económicas para mejorar su estructura de costes y aumentar continuamente su productividad. Con el tiempo, la competencia se traduce en la aparición de productos y procesos más avanzados, expulsando del mercado a las empresas ineficaces y reasignando sus recursos productivos a nuevos competidores o a competidores más eficientes. Siempre que esté respaldado por mecanismos adecuados para promover la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas, este proceso de adaptación estructural permanente redundará a largo plazo en una mayor prosperidad.

La investigación y la innovación son factores determinantes para el crecimiento de la productividad. Europa se está quedando a la zaga en materia de innovación e investigación y desarrollo (I + D) en comparación con sus principales socios comerciales. La falta de competencia frena la innovación y puede ser un obstáculo para la investigación. Las empresas dominantes pueden tener menos motivos para desarrollar productos y servicios nuevos que en el fondo no hacen más que desplazar a los productos existentes sin generar mayores beneficios. En cambio, las empresas que operan en mercados competitivos siempre están innovando para competir con las demás empresas en los mercados más rentables y para responder mejor a las nuevas demandas del mercado. Además, la aparición de nuevos competidores supone una amenaza para los monopolios temporales que genera la innovación y aumenta los incentivos de las empresas para acortar el ciclo de la innovación. Un entorno competitivo

³ Con la liberalización del mercado el coste de las llamadas intraeuropeas y de larga distancia ha disminuido sobremedida, como también ha crecido considerablemente la oferta de servicios a disposición de los consumidores. Por otra parte, la reestructuración del sector ha generado nuevos puestos de trabajo y se ha traducido en un aumento del empleo. Además, la liberalización de este sector también ha supuesto una ventaja competitiva para los fabricantes europeos de equipos de telecomunicaciones, que compiten con éxito a escala mundial.

⁴ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, SEC (2002) 1420.

garantiza la presencia de más de un posible innovador en la «carrera» por fabricar un producto mejor o desarrollar un proceso más avanzado⁵.

Además, en muchos sectores de la economía de la UE, la competencia tiene efectos positivos que pueden conducir a un fuerte aumento del nivel de eficiencia no sólo de todo un sector, sino también de sectores afines y sectores de apoyo situados en la misma región. Al calor de un grupo de competidores locales suele desarrollarse en la región una red de proveedores y de prestatarios de servicios de apoyo especializados.

Los beneficios de la competencia también demuestran los peligros de los argumentos a favor de la creación de «campeones nacionales». Nada hay que objetar a que las empresas crezcan lo suficiente para competir a escala mundial. Pero tienen que hacerlo en un entorno competitivo y respetando estrictamente las normas de competencia. Las empresas que tienen competencia en su mercado están mejor preparadas para competir en el extranjero.

RECUADRO 1. Pruebas de la relación entre competencia y productividad⁶

Los estudios empíricos sobre los efectos de diversas clases de políticas de fomento de la competencia (por ejemplo, reformas en la normativa de distintos sectores, un mayor grado de apertura a la competencia mundial o la introducción de la competencia en sectores de servicios) indican que la competencia redundará en un aumento de la productividad, del bienestar de los consumidores y del crecimiento económico a largo plazo.

Para demostrar que existe una relación entre competencia y eficiencia productiva, basta con comparar los resultados económicos de los países que tienen mercados competitivos eficientes con los de los países que tienen mercados de competencia restringida. Por ejemplo, se ha comprobado que cuanto mayor es la intensidad de la competencia en el conjunto de la economía, mayor es el grado de desarrollo económico. Además, se ha constatado que la competencia aumenta considerablemente la tasa de crecimiento de la productividad. También hay abundantes pruebas de que la existencia de una competencia vigorosa a nivel nacional contribuye al éxito de las empresas en los mercados internacionales.

Los estudios comparativos de casos concretos en determinados sectores de Estados Unidos, Japón y Europa también ponen de manifiesto que la competencia (especialmente la competencia mundial con productores que aplican las mejores prácticas) fomenta la productividad. Las empresas con mayor

⁵ El régimen de Derechos de propiedad intelectual e industrial induce a las empresas a competir vigorosamente por innovar, al conferir temporalmente a los innovadores poder de mercado sobre sus invenciones. Al término de esta protección temporal, una competencia intensa garantizará la rápida adopción de las innovaciones por los competidores. La competencia también fomenta la difusión de las innovaciones.

⁶ Estas conclusiones se basan en numerosos estudios sobre la relación entre competencia y productividad. Puede consultarse una lista completa de estos estudios en la siguiente página de internet de la DG Competencia: http://europa.eu.int/comm/competition/proactive_competition_policy.

poder de mercado suelen ser menos productivas en términos relativos y, por regla general, a mayor grado de concentración, menor nivel de eficiencia y productividad.

La idea de que la concentración del mercado y la reducción de la competencia generan innovación no está corroborada por pruebas empíricas. Los datos disponibles indican que las empresas de sectores competitivos suelen ser más innovadoras. Menos competidores y más beneficios suponen también un menor crecimiento de la productividad.

La existencia de un marco regulador anticompetitivo en el mercado de productos tiene un efecto negativo sobre la productividad. Los estudios empíricos confirman que la desregulación industrial y la liberalización del comercio tienen efectos positivos sobre la productividad de las empresas. En cuanto a la economía en su conjunto, todos los datos apuntan a una correlación negativa entre el grado de regulación del mercado y el crecimiento económico. Además, los beneficios derivados de una reforma de la normativa orientada a fomentar la competencia probablemente no se limitan a los beneficios estáticos que se constatan a corto plazo, porque las empresas no dejarán de innovar explotando posibilidades que antes no tenían. Algunos estudios han hecho simulaciones para calibrar el impacto del marco regulador en el crecimiento. La mayoría de las simulaciones pone de manifiesto que la liberalización del mercado de productos tiene efectos positivos significativos sobre los niveles y tasas de crecimiento del Producto Interior Bruto (PIB).

B. UNA BUENA POLÍTICA DE COMPETENCIA CONTRIBUYE A LA COMPETITIVIDAD

La política de competencia fomenta y protege la competencia. Al garantizar que en el mercado interior de la UE las empresas compiten con sus propias fuerzas, la política de competencia contribuye a la igualdad de condiciones y, por ende, favorece la entrada de nuevos competidores en los mercados.

El reciente informe al Consejo Europeo de primavera⁷, en el que la Comisión critica a los Estados miembros porque no se ha avanzado hacia los objetivos de la estrategia de Lisboa, señala que la causa principal de los malos resultados económicos de Europa es la disminución de la tasa de crecimiento de la productividad. El escaso crecimiento de la productividad registrado en la UE-15 (especialmente en comparación con Estados Unidos) ha frenado considerablemente las tasas de crecimiento económico. Aunque se ha avanzado mucho en la integración de los mercados desde la creación del mercado interior, muchos sectores económicos de Europa siguen segmentados y se caracterizan por una competencia débil

⁷ Informe de la Comisión al Consejo Europeo de primavera: Hagamos Lisboa. Reformas para la Unión ampliada [COM (2004) 29 final/2 (disponible en http://europa.eu.int/comm/lisbon_strategy/pdf/com2004_029_en.pdf)].

y unos precios altos muy difíciles de bajar, en perjuicio tanto de las industrias como de los consumidores.

Factor determinante para la innovación y el crecimiento de la productividad, la competencia efectiva entre las empresas dentro del mercado interior ampliado debe considerarse como uno de los elementos clave de una estrategia adecuada para construir una Europa competitiva y revitalizar la estrategia de Lisboa.

El objetivo de una política de competencia proactiva es favorecer la competencia en el mercado interior e inducir a las empresas a adoptar estrategias procompetitivas que aumenten su eficiencia. Para ello hay que determinar qué sectores ven frenado su desarrollo por la falta de competencia y, en consecuencia, no funcionan de manera eficiente. Los instrumentos de la política de competencia prohíben, sancionan e impiden conductas anticompetitivas como los acuerdos de reparto de mercados entre empresas, y ayudan a suprimir los obstáculos a la competencia. Además, aunque las normas de competencia no cuestionan la mera existencia de monopolios, naturales o no, sí prohíben los abusos de posición dominante o monopolística y la creación de tales posiciones mediante una concentración. También velan por que las medidas estatales no falseen o restrinjan la competencia de otro modo, como, por ejemplo, mediante la concesión de ayudas estatales.

El objetivo fundamental de las normas antimonopolio es lograr que las empresas compitan y no incurran en prácticas colusivas. Los cárteles y otros acuerdos restrictivos similares falsean la asignación de los recursos y favorecen la ineficiencia. La aplicación de las normas antimonopolio impide también que las empresas dominantes abusen de su posición mediante prácticas empresariales anticompetitivas (por ejemplo, la exclusión de los competidores) al objeto de mantener o reforzar su posición en el mercado. Estas normas tienen que tener en cuenta la diferencia entre los acuerdos y prácticas que globalmente son anticompetitivos y aquellos que plantean problemas de competencia compensados por sus efectos procompetitivos.

Una concentración puede permitir a la entidad resultante ejercer poder de mercado o, en general, restringir la competencia. Sin embargo, las concentraciones también pueden hacer posible que las empresas se hagan más eficientes, consoliden su competitividad y se ahorren costes, pudiendo así bajar los precios que aplican a los consumidores. Por lo tanto, el control de las concentraciones se centra en el reducido número de concentraciones que impiden el mantenimiento de la competencia efectiva, con vistas a tomar, en su caso, las medidas necesarias para salvaguardar el proceso competitivo.

Las medidas de ayuda estatal pueden ser un obstáculo importante para la competencia. Cuando sirven para salvar empresas en crisis, las ayudas estatales pueden falsear gravemente la competencia e impedir que

prevalezca el principio de igualdad de condiciones en el mercado interior. Hay abundantes pruebas de que los Estados miembros frecuentemente subvencionan industrias de manera ineficaz y no dan una respuesta adecuada a las ineficiencias del mercado en campos como la I + D, la formación, la innovación y el capital riesgo. Un control efectivo de las ayudas estatales, utilizando criterios económicos adecuados, permite evitar que tales medidas falseen la competencia en el mercado interior. Al mismo tiempo, las normas sobre ayudas estatales son muy flexibles cuando se trata de medidas de ayuda destinadas a corregir verdaderas deficiencias del mercado.

La política de competencia también contribuye al proceso de apertura a la competencia de sectores monopolísticos (por ejemplo, telecomunicaciones, energía y transporte), proceso que redundará en beneficio de los consumidores y en una mayor inversión e innovación. La política de competencia incita a los Estados miembros a reducir las barreras de entrada en todos los sectores regulados y da más poder a los consumidores sin privarlos de los beneficios de los servicios de interés general. Esta política también debe abordar la cuestión de la protección legal, por ejemplo, de las profesiones liberales regladas, que socava los esfuerzos por aumentar la competencia.

La política de competencia — mediante sus instrumentos antimonopolio, el control de las concentraciones, el control de las ayudas estatales y las medidas de liberalización — puede no tener siempre un efecto directo sobre la competitividad. Este efecto depende de la propia capacidad de las empresas. Con todo, una aplicación más proactiva de la política de competencia de la UE, que ponga mayor énfasis en el análisis económico de las estructuras y comportamientos de mercado, facilitará la consecución de los objetivos de la estrategia de Lisboa al impulsar la productividad y el crecimiento económico y, en último término, mejorará el nivel de vida de los ciudadanos de la Unión Europea ampliada.

3. MARCO REGULADOR FAVORABLE A LA COMPETITIVIDAD Y AL CRECIMIENTO ECONÓMICO

A. TRES TEMAS COMUNES DE LA REFORMA

Los instrumentos de la política de competencia de la UE han sido objeto de una revisión — que en el caso de las normas sobre ayudas estatales todavía no ha finalizado —, al término de la cual se han introducido las modificaciones necesarias para un mejor cumplimiento de los objetivos del Tratado y las metas de la estrategia de Lisboa. Tres temas comunes caracterizan el nuevo marco regulador que entrará en vigor el 1 de mayo de 2004:

— En la medida de lo posible, las estrategias competitivas de las empresas deben estar sujetas a un marco jurídico unificado en toda la Unión Europea.

— Las normas de competencia y su aplicación a casos concretos seguirán un enfoque mucho más basado en los efectos económicos.

— Los procedimientos de aplicación de las normas de competencia serán más transparentes, ágiles y sencillos, sin merma de su eficacia.

La introducción de un marco jurídico unificado para las estrategias competitivas en el mercado interior permitirá que las empresas operen en igualdad de condiciones, facilitando al mismo tiempo la celebración de acuerdos de cooperación, de distribución y de licencia de tecnología, así como las concentraciones.

Otro tema común del nuevo marco regulador de la competencia es el mayor énfasis en el análisis económico. La política de competencia se está adaptando para tener en cuenta tanto los avances de la economía moderna como la constante evolución de los mercados y el necesario desarrollo industrial de Europa. El análisis económico es un instrumento clave porque la política de competencia influye de manera determinante en las decisiones económicas fundamentales de las empresas sobre inversión, consolidación, fijación de precios y, por ende, resultados económicos. Este análisis pasa a estar decididamente centrado en los efectos económicos de la conducta de las empresas o de las medidas estatales. Ayuda, en términos más generales, a determinar en qué circunstancias características como los grandes beneficios y las grandes cuotas de mercado son indicadores de poder de mercado⁸.

El tercer tema común del nuevo marco regulador es la mejora de los procedimientos de aplicación, acompañada de una reducción de la carga reguladora que pesa sobre las empresas, en especial las pequeñas y medianas (PYME). En el caso de la normativa antimonopolio, esto significa la abolición del régimen de autorización, que obligaba a notificar los acuerdos restrictivos con vistas a su autorización administrativa, y la creación de una Red Europea de Competencia (REC). Esta red, en la que la Comisión y las autoridades nacionales de competencia son responsables de una división eficiente del trabajo, permite que de cada caso concreto se ocupen las autoridades mejor situadas. En el ámbito del control de las concentraciones, esto significa acelerar las remisiones de las notificaciones de concentración entre la Comisión y las autoridades nacionales y un procedimiento de control más flexible. Por último, en el ámbito del control de las ayudas estatales, las reformas traerán consigo la simplificación y la aceleración de los procedimientos de notificación.

⁸ A modo de ejemplo, las herramientas económicas permiten determinar con mayor certeza si prácticas como la vinculación (estrategia consistente en condicionar la venta de un producto a la compra de otro distinto), los descuentos y las restricciones territoriales redundan en perjuicio de los consumidores o en un aumento de la eficiencia.

Otro elemento básico del nuevo régimen de competencia de la UE es la mejor integración de los intereses de los consumidores en el marco regulador de la competencia. De ahí que la Comisión esté intensificando su diálogo con los consumidores⁹.

B. REFORMAS ULTIMADAS Y REFORMAS EN CURSO

Por lo que se refiere a la normativa antimonopolio, aparte del nuevo marco procedimental, se han revisado las normas sobre acuerdos de distribución y acuerdos de licencia y las normas sobre acuerdos de cooperación horizontal. El proceso continuó con la revisión del control de las concentraciones, que culminó con la refundición del Reglamento de concentraciones y con una serie de directrices y documentos que explican cómo se ejercerá su control en el futuro. Ahora se trabaja en la reforma del control de las ayudas estatales, con la que se persigue dar gradualmente a la política de ayudas estatales un enfoque más económico que ponga fin a los falseamientos de la competencia que provocan las intervenciones estatales, pero dejando a los Estados miembros un mayor margen de maniobra para adoptar medidas horizontales en apoyo de objetivos comunitarios.

Las normas, comunicaciones y directrices que forman parte del nuevo marco regulador también ofrecen orientación a las empresas, a las que inducirán a adoptar estrategias de mercado compatibles con el Derecho de competencia.

A continuación se describen brevemente los rasgos más destacados de la reforma de los tres instrumentos principales de la política de competencia.

a) *Política antimonopolio*

El nuevo marco que entrará en vigor el 1 de mayo de 2004¹⁰ supone una nueva gobernanza económica en la UE para la política antimonopolio. Introduce un marco común único para la evaluación de los acuerdos restrictivos que afectan a las actividades transfronterizas de las empresas

⁹ Cabe destacar, a este respecto, que, para ampliar el diálogo con las organizaciones de consumidores, que desempeñan un papel clave en la defensa de los intereses de los consumidores en el mercado interior, la Comisión ya ha tomado una primera medida, consistente en crear, en el seno de la DG Competencia, el puesto de funcionario de enlace para los consumidores, cuya misión es acercar las políticas de competencia y de protección del consumidor.

¹⁰ Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, que sustituirá al Reglamento 17/1962 el 1 de mayo de 2004 (DO, L 1, de 4 de enero de 2003). Para más información sobre estas normas nuevas, ver: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/>.

dentro de la UE¹¹. Este marco tendrá efectos beneficiosos para los acuerdos de cooperación, de licencia de tecnología, de distribución y otros acuerdos en el conjunto del mercado interior ampliado. Hará posible que no sólo la Comisión, sino también las autoridades de competencia y los Tribunales de los Estados miembros apliquen íntegramente las normas antimonopolio de la UE. El nuevo marco constituye un buen ejemplo de reducción de la incertidumbre regulatoria de la industria europea, al sustituirse 25 normativas nacionales por una europea.

Además, el nuevo Reglamento de procedimiento 1/2003 suprime procedimientos burocráticos y simplifica la aplicación de las normas. Antes las empresas tenían que notificar sus acuerdos a la Comisión para que ésta les dieran la preceptiva autorización administrativa; con el nuevo marco son válidos automáticamente todos los acuerdos que resulten globalmente positivos para el mercado interior. Con ello no sólo es probable que disminuyan los costes de cumplimiento de la normativa, sino que también se aligerará la carga administrativa que pesa sobre las empresas.

Por otra parte, el nuevo marco deja el camino expedito para una aplicación más descentralizada de las normas comunitarias de competencia por las autoridades de competencia y los Tribunales de los Estados miembros. La Comisión y los Estados miembros han creado una Red Europea de Competencia (REC) para estrechar la cooperación y velar por una aplicación coherente de la normativa de competencia. Cada uno de los miembros de la REC mantendrá a los demás informados de sus procedimientos formales de competencia y consultará con la Comisión las decisiones que tenga previsto adoptar. La REC también constituye un foro de difusión de información y cooperación entre las autoridades de competencia. En este contexto, es importante que los miembros de la REC cuenten con los recursos necesarios y estén en condiciones de participar de manera efectiva en la estrecha colaboración de la red.

El nuevo marco también facilitará la aplicación directa de las normas de competencia comunitarias por los consumidores y las empresas que se vean perjudicadas por prácticas restrictivas mediante el recurso a los Tribunales nacionales. Las empresas y los consumidores finales deberían animarse a reclamar sus derechos ante estos Tribunales, ya que así pueden contribuir a una competencia más intensa en el mercado interior. Para velar por una aplicación coherente de las normas en todos los Estados miembros, el nuevo marco incluye un sistema de cooperación entre las judicaturas nacionales y las autoridades responsables de la aplicación de la normativa. Por ejemplo, permite que los jueces nacionales recaben la opinión de la Comisión sobre cuestiones relativas al Derecho de competencia de la UE, así como información concreta. También faculta a la Comisión y a las autoridades nacionales de competencia para presentar, por iniciativa propia, observaciones a los Tribunales nacionales.

¹¹ Art. 81 del Tratado CE.

Finalmente, se han revisado algunas normas sustantivas sobre la conducta de las empresas para ajustarlas a criterios más económicos. En este contexto, se han desarrollado los conceptos de «salvaguardia regulatoria» (*safe harbours*) y «restricciones especialmente graves» (*hard core restrictions*). Este proceso comenzó en 1999 con la adopción de un Reglamento de exención por categorías y de directrices para los acuerdos de distribución, seguidos en 2000 de la adopción de un Reglamento de exención por categorías y de directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal.

Las empresas con poco poder de mercado, como la gran mayoría de las PYME, pueden operar al amparo de «salvaguardias regulatorias» que en la mayoría de los casos vienen determinadas por las cuotas de mercado. En tanto no rebasen los umbrales de cuota de mercado, las empresas no tienen que preocuparse de la compatibilidad de sus acuerdos con la normativa de competencia de la UE¹². Al mismo tiempo, en principio están prohibidas toda una serie de «restricciones especialmente graves» claramente definidas que tienen efectos negativos sobre el mercado. Con arreglo a la normativa de la UE, entre los ejemplos más destacados de restricción horizontal perjudicial que no produce beneficio económico alguno figuran los acuerdos entre competidores que tienen por objeto fijar los precios, limitar la producción o repartirse mercados o clientes¹³.

RECUADRO 2. *Nuevo enfoque para los acuerdos de transferencia de tecnología*¹⁴

Los acuerdos de transferencia de tecnología y la concesión de licencias sobre nuevas tecnologías garantizan la difusión de las innovaciones en la economía y aumentan la productividad y el crecimiento. El nuevo Reglamento de exención por categorías de determinados acuerdos de transferencia de tecnología es aplicable a las licencias de patentes, conocimientos técnicos y derechos de autor de programas informáticos. En línea con la política general de competencia de la Comisión, el nuevo Reglamento se centra estrictamente en las restricciones que más dañan la competencia y ofrece una mayor seguridad jurídica para los acuerdos neutros o procompetitivos. Este planteamiento permitió a la Comisión, en primer lugar, elaborar una lista clara y limitada de las restricciones especialmente graves que en principio están prohibidas. Esta lista es menos amplia que la «lista negra» del reglamento anterior. Ade-

¹² Por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización, *DO*, L 304, de 5 de diciembre de 2000, p. 3 (<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation>).

¹³ Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, punto 25, *DO*, C 3, de 6 de enero de 2001, p. 2, (<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation>).

¹⁴ http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/entente3_en.html#technology.

más, establece una distinción clara entre los acuerdos de licencia entre competidores, que encierran un mayor potencial de falseamiento de la competencia, y los acuerdos entre no competidores, que es menos probable que tengan tal efecto negativo. Esto permitió a la Comisión adoptar una política menos estricta con relación a algunas restricciones habituales, como las restricciones de la producción, las restricciones de la clientela y las restricciones de sector de aplicación. Por otro lado, el nuevo Reglamento establece una «salvaguardia regulatoria» por debajo de ciertos umbrales de cuota de mercado, también aquí se distingue entre acuerdos de licencia entre competidores, para los que se fija un umbral más bajo, y acuerdos entre no competidores, para los que el umbral es más elevado. Para los casos que no están cubiertos por dicha salvaguardia, se han elaborado unas directrices que explican, atendiendo principalmente a consideraciones económicas, cómo se aplicarán las normas de competencia en cada caso concreto.

Gracias a estos y otros cambios, el nuevo Reglamento hará posible una amplia difusión de las innovaciones y generará mayores espacios de libertad de creación para las empresas.

b) *Control de las concentraciones*

Desde su entrada en vigor en 1989 las normas de control de las concentraciones han facilitado la reestructuración de la industria europea. Hay coincidencia general en que el régimen de control de las concentraciones de la UE es un mecanismo muy eficiente y bien diseñado que apoya y facilita la reestructuración de la industria europea. Las concentraciones forman parte del proceso de reestructuración industrial y son necesarias para responder a los desafíos de una economía que se mundializa.

Las normas de control de las concentraciones no han sido creadas para obstaculizar las reestructuraciones necesarias que redundan en una mayor eficiencia, sino para impedir o modificar las concentraciones perjudiciales para la competencia. Hasta la fecha, la aplicación de las normas de control de las concentraciones no ha sido un obstáculo para la creación de empresas europeas de tamaño suficiente para competir en el mercado mundial. De hecho, desde 1990, con este régimen sólo se ha bloqueado un porcentaje ínfimo de las concentraciones: 18 de un total de más de 2.400 concentraciones notificadas. En 171 casos bastó con algunas medidas correctivas para resolver los problemas de competencia y dar luz verde a la concentración.

El Reglamento de concentraciones revisado que entrará en vigor el 1 de mayo de 2004 conserva una característica de probada eficacia: la ventanilla única europea para el control de las concentraciones y adquisiciones de dimensión comunitaria, es decir, de aquellas que superan determinados umbrales de volumen de negocios mundial y comunitario.

Junto con el Reglamento de aplicación y las comunicaciones y directrices que lo acompañan¹⁵, el nuevo Reglamento aporta diversas mejoras tanto de contenido como de procedimiento. Una de las más importantes se refiere a la prueba sustantiva aplicable a las notificaciones de concentraciones. El nuevo Reglamento contiene una prueba clara e inequívoca, basada en los efectos sobre la competencia, que permite a la Comisión intervenir con mayor eficacia en el limitado número de concentraciones que la restringen. En la evaluación competitiva se tendrá en cuenta toda posible restricción significativa de la competencia efectiva. De este modo será posible intervenir con eficacia en situaciones diversas: posición dominante individual, efectos oligopolísticos (coordinados o no) que pueden restringir la competencia en un mercado determinado.

La nueva prueba se aplicará partiendo de un marco analítico completo para evaluar el impacto de las concentraciones en la competencia sobre la base de sólidos criterios económicos. Con tal fin, la Comisión ha publicado unas Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales¹⁶. Estas Directrices explican cómo se debe interpretar y cómo se aplica en la práctica la prueba sustantiva en las concentraciones entre competidores, de manera que también se garantice una transparencia total a las empresas que quieran fusionarse. A partir de ahora, en su evaluación la Comisión puede tener en cuenta las eficiencias que genere una concentración (ver el recuadro 3).

RECUADRO 3. Las eficiencias en el control de las concentraciones

En su reciente revisión del Reglamento de concentraciones, la Comisión llegó a la conclusión de que había que tomar en consideración de una manera más explícita las eficiencias en el control de las concentraciones. Las empresas pueden servirse de las concentraciones para reorganizar sus actividades o aunar capacidades complementarias de manera tal que tengan mayores incentivos para competir, y la intensificación de la competencia resultante puede contrarrestar los efectos negativos de la concentración sobre la competencia y, especialmente, el posible perjuicio para los consumidores.

Por ello, las nuevas Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales especifican que en la evaluación general de la concentración la Comisión tendrá muy en cuenta las eficiencias acreditadas, pudiendo considerar, a la vista de dichas eficiencias, que la concentración no restringe la competencia efectiva de manera significativa.

¹⁵ Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»). Para más información sobre las nuevas normas, ver: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/>.

¹⁶ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO, C 31, de 5 de febrero de 2004, p. 3 (http://europa.eu.int/eur-lex/pril/en/oj/dat/2004/c_031/c_0312004020en00050018.pdf).

Las Directrices también especifican que se pueden tener en cuenta diversos tipos de eficiencias: sobre todo, la reducción de los costes de producción y de distribución, pero también un incremento de la eficiencia en materia de I + D y de innovación, que puede redundar en la comercialización de nuevos productos en beneficio de los consumidores.

Las Directrices presentan un planteamiento económico más moderno de las eficiencias que permite a la Comisión determinar mejor qué concentraciones restringen la competencia y cuáles la favorecen.

En cuanto a las mejoras de procedimiento, el nuevo Reglamento mantiene íntegramente el régimen de control de ventanilla única y los plazos fijos para la evaluación de las concentraciones por la Comisión. En comparación con otros regímenes de control de las concentraciones, estos plazos fijos son muy valorados por la industria europea. Para reducir aún más los trámites legales que representa este control de las concentraciones, el nuevo Reglamento de concentraciones introduce mejoras de procedimiento beneficiosas para las empresas.

La modernización del mecanismo de remisión de asuntos de concentración persigue garantizar que cada asunto lo tramite la autoridad de competencia que esté en mejores condiciones de hacerlo, limitando al máximo el número de asuntos en que hay que obtener la autorización de varias autoridades de competencia. Es de destacar, especialmente, que las nuevas normas contemplan la posibilidad de que las empresas fusionantes soliciten la remisión a la Comisión o a las autoridades nacionales de competencia antes de proceder a la notificación formal de la concentración.

Lo cierto es que las normas de control de las concentraciones han ayudado a las empresas de la UE a adaptarse a los desafíos que plantean tanto el mercado interior como los mercados mundiales. La ampliación, junto con la evolución del mercado interior, contribuirá aún más a la asimilación e integración de los mercados europeos de productos, ayudando así a las empresas europeas a hacerse más competitivas. La normativa de control de las concentraciones también puede facilitar los procesos de consolidación y las concentraciones transfronterizas en sectores en que todavía hay barreras nacionales.

c) *Ayudas estatales-reformas en curso*

Con las reformas se persigue reorientar la política de ayudas estatales hacia un planteamiento más económico que permita poner fin a las ayudas estatales perjudiciales, dejando a los Estados miembros un mayor margen de maniobra para adoptar medidas horizontales en apoyo, especialmente, de los objetivos de Lisboa. A diferencia de lo que ocurre en el

ámbito de la política antimonopolio y de control de las concentraciones, estos cambios se irán introduciendo de manera gradual hasta 2006, antes de que surtan efectos los nuevos Reglamentos sobre los fondos estructurales, en vez de integrarse en un único instrumento de reforma. Con todo, al término del proceso su impacto será igual de grande.

i) Reforma en curso de los instrumentos de control de las ayudas estatales¹⁷

En 2005-2006 vence el plazo para renovar muchas de las normas aplicables a las ayudas estatales, entre ellas todos los reglamentos de exención de ayudas estatales, las directrices sobre ayudas regionales, el marco para las ayudas de investigación y desarrollo y las directrices sobre capital riesgo. Las directrices sobre ayudas medioambientales expiran a finales de 2007. Esta circunstancia y el comienzo en 2007 de un nuevo período de programación para los fondos estructurales de la Comunidad brindan una oportunidad sin precedentes para proceder a una revisión completa de las normas sobre ayudas estatales horizontales a la luz de los objetivos horizontales, en particular los de Lisboa, y de la nueva política de cohesión que pronto establecerán los futuros Reglamentos de los fondos estructurales, así como para consolidar y, en lo posible, simplificar la normativa¹⁸.

Un componente fundamental de la reforma de las ayudas estatales es la redefinición de la política en materia de ayudas regionales de la Unión Europea ampliada, reconciliando la reducción global de las ayudas estatales con el objetivo comunitario de cohesión económica y social. La reforma se inspira en las conclusiones de los Consejos Europeos de Lisboa y de Estocolmo, que instan a la Comisión a dar una prioridad clara a las regiones menos desarrolladas de conformidad con el carácter excepcional de las ayudas estatales regionales, y tiene plenamente en cuenta las conclusiones del tercer informe sobre la política de cohesión. El principio económico sobre el que reposa la reforma radica en que la mejor manera de resolver las disparidades regionales y acelerar el crecimiento regional consiste en dar a los operadores económicos los incentivos adecuados, fomentando la productividad y la competitividad, en vez de subvencionar a empresas ineficaces o causar graves falseamientos en el mercado interior. Las nuevas directrices deben reflejar este principio y, junto con las

¹⁷ Para más información sobre anteriores reformas en el ámbito de las ayudas estatales, ver los marcadores semestrales de las ayudas estatales en: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/. El marcador de primavera de 2004, que se publicará dentro de poco, describirá los niveles de ayuda estatal de 2002.

¹⁸ Un aspecto de las futuras prácticas de la Comisión son las medidas de empleo y de formación financiadas fundamentalmente por los propios interlocutores sociales a través de convenios colectivos que imponen un gravamen a todas las empresas de un sector. La Comisión seguirá muy de cerca la evolución de la jurisprudencia en la materia.

normas horizontales revisadas, aportarán una mayor flexibilidad, de manera que los Estados miembros puedan resolver sus disparidades internas, y la Comisión se centrará en las medidas de ayuda que más falsean la competencia.

Muchas de las otras directrices también tienen un componente regional y autorizan mayores niveles de ayuda cuando los beneficiarios son empresas establecidas en zonas subvencionables con ayuda regional. Así ocurre, concretamente, con las exenciones por categorías aplicables a las ayudas a las PYME, las ayudas al empleo y las ayudas de formación. Para preservar la coherencia, se llevará a cabo una revisión de estos reglamentos paralelamente a la de las normas sobre ayuda regional. Una de las medidas que tiene previsto tomar la Comisión en el marco de esta revisión consiste en simplificar todas las exenciones por categorías actualmente existentes integrándolas en un solo reglamento y consolidándolas con una nueva exención para determinados tipos de ayuda regional.

ii) Investigación, desarrollo e innovación

El Consejo Europeo de primavera¹⁹ ha destacado que la competitividad, la innovación y la promoción de una cultura emprendedora son condiciones determinantes para el crecimiento. En este contexto manifestó su inquietud por la relativa debilidad de la inversión privada europea en investigación y desarrollo (I + D) y subrayó la importancia de aumentar la I + D en la Unión. La Comisión es consciente de que en este área pueden darse deficiencias de mercado que frenan la inversión privada en I + D e innovación, en detrimento de la productividad y la competitividad. La Comisión ha emprendido un estudio para preparar la revisión de las directrices sobre ayudas de investigación y desarrollo. Este estudio se centra fundamentalmente en el papel de las ayudas estatales como factor coadyuvante a la realización del objetivo de Barcelona de dedicar el 3 por 100 del producto interior bruto de la UE a I + D. Concretamente, determinará qué tipos de actividades deben considerarse subvencionables y qué niveles de ayuda estatal resultan apropiados.

La Comunicación sobre ayudas estatales y capital de riesgo también deberá renovarse en 2005. Esta Comunicación ha demostrado ser un instrumento útil para que los Estados miembros aporten capital a las PYME junto con los inversores privados²⁰. La finalidad de las normas es garantizar que las ayudas a la innovación solventen verdaderas deficiencias del mercado y puedan ser implementadas con flexibilidad, en especial, por lo que se refiere a las PYME innovadoras. La revisión responderá, entre otras

¹⁹ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, 25 y 26 de marzo de 2004.

²⁰ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del plan de acción para el capital riesgo [COM (2003) 654, 4 de noviembre de 2003].

cosas, a la exigencia de mayor flexibilidad en la concesión de este tipo de financiación. Hay que encontrar un equilibrio adecuado entre el objetivo de concentrarse en la incapacidad inicial del mercado de poner a disposición de las PYME cantidades relativamente pequeñas de capital en las fases iniciales y de arranque de estas empresas, así como en las PYME como innovadores potenciales, y el riesgo de que una mayor flexibilidad se traduzca en un mayor énfasis en volúmenes de capital más grandes en etapas posteriores, en las que resulta más fácil captar capital privado sin necesidad de una intervención del Estado.

Está prevista una Comunicación en 2005 para definir qué deficiencias del mercado afectan a la innovación y adaptar los marcos y normas actualmente vigentes para resolverlas. Esta Comunicación se centrará en el apoyo a las inversiones de las PYME en proyectos innovadores, la contratación de personal cualificado y el desarrollo de los intermediarios que prestan servicios de innovación: viveros de empresas, centros tecnológicos, inversores informales («*business angels*»), parques científicos, consultores en materia de innovación, intermediadores y consultores de DPI, y unidades de transferencia de tecnología.

Antes de finales de 2004, la Comisión elaborará una vademécum o «manual» para explicar qué medidas de apoyo a la innovación pueden adoptarse con arreglo a los reglamentos y marcos vigentes. El vademécum también ilustrará con decisiones clave el enfoque de la Comisión en punto a medidas de ayuda a actividades relacionadas con la innovación y a ayudas concedidas a través de entidades intermediarias.

Por lo que se refiere a los aspectos procedimentales del control de las ayudas estatales, cabe destacar que se reducirán los trámites legales. La adopción de un nuevo Reglamento de aplicación se traducirá en la simplificación y aceleración de los procedimientos de autorización. Además, la Comisión está suprimiendo progresivamente la obligación de notificación previa en diversas áreas, como las ayudas a las PYME, a la formación y al empleo, y desarrolla procedimientos simplificados para las ayudas cuya incidencia probable en la competencia sea, vista la experiencia acumulada, insignificante. A finales de 2003, la Comisión adoptó un Reglamento de exención por categorías que eximía las ayudas de investigación y desarrollo a las PYME del requisito de notificación previa.

C. ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

El nuevo marco regulador de las políticas antimonopolio y de control de las concentraciones también ayuda a las empresas europeas a mantenerse en primera fila en los mercados mundiales, donde crece la presión para que se establezcan reglas comunes en el campo de la aplicación del Derecho de competencia. Merced a una amplia cooperación internacio-

nal, fruto principalmente de los desvelos de la Comisión, hay una creciente convergencia de las normas y prácticas de aplicación del Derecho de competencia en todos los continentes.

Ha prosperado la cooperación, en especial la colaboración bilateral entre la UE y sus principales socios comerciales: la Comisión y sus interlocutores estadounidenses, japoneses o canadienses han cooperado en cuestiones relativas a la política de competencia y en las investigaciones de asuntos de competencia. En cuanto al desarrollo de normas comunes en un contexto mundial, la Comisión y otras agencias de competencia de todo el mundo han hecho progresos sustanciales en el seno de la Red Internacional de Competencia²¹. La Comisión también ha sido uno de los principales impulsores de las negociaciones en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre un acuerdo marco de competencia.

4. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA AL SERVICIO DE UNA COMPETENCIA EFECTIVA

El nuevo marco se traduce en una aplicación más proactiva del Derecho de competencia que permitirá a la Comisión centrar sus investigaciones en los sectores en que hay pocos operadores, proliferan los cárteles o son habituales los abusos de poder de mercado, así como en los casos de ayuda estatal más perjudiciales para los competidores o que obstaculizan y retrasan seriamente la indispensable reestructuración industrial. Esto supone un análisis completo de las barreras de hecho, de derecho y administrativas que más afectan a los consumidores y a la competencia en el mercado interior y que amenazan la competitividad de las empresas europeas.

A. APLICACIÓN SELECTIVA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA. DETECCIÓN DE LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA

La aplicación proactiva de las normas de competencia reposará sobre un análisis económico de las estructuras y conductas de mercado que permitirá concentrar los esfuerzos atendiendo a la naturaleza y la gravedad del problema de competencia y a la situación del sector o industria. Primarán las investigaciones de «impacto» y se limitarán las intervenciones en asuntos de escasa repercusión para el mercado interior o los consumidores.

Se hará un uso creciente de estudios sectoriales, investigaciones de mercado y encuestas sectoriales para evaluar la evolución de sectores industriales clave y descubrir dónde hay obstáculos a la competencia. Se están desarrollando métodos especiales para determinar eficazmente el orden de prioridad de las investigaciones. Hay criterios obvios para eva-

²¹ Para más información, ver: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>.

luar un mercado, como el grado de concentración y los indicios de colusión, pero hay muchos otros indicadores —la evolución los precios sin conexión con la evolución de factores como el coste o la demanda, las diferencias de precios irregulares, la falta de innovaciones o de nuevos competidores, el hecho de que los clientes cambien de proveedor con poca frecuencia y las tendencias en la evolución de la capacidad— que también proporcionan información muy útil para determinar si los mercados funcionan bien y benefician a los clientes.

La entrada de nuevos competidores en el mercado constituye un factor importante del proceso competitivo. La presencia de importantes barreras de entrada en un mercado puede ser señal de un problema de competencia. Las investigaciones de mercado y las investigaciones sectoriales son muy útiles para detectar las barreras de entrada. El papel de la REC también será importante a este respecto. La Comisión tiene el propósito de cooperar estrechamente con las autoridades de competencia de los Estados miembros para detectar los problemas sectoriales o los específicos de un mercado y buscarles respuesta de manera proactiva.

El nuevo Reglamento faculta a la Comisión para investigar sectores y publicar informes con conclusiones y recomendaciones de medidas a adoptar en el seno de la REC. Sobre la base de estas recomendaciones podrán utilizarse los distintos instrumentos de la política de competencia para abordar los problemas constatados de manera integrada o empleando el instrumento más adaptado al problema de que se trate.

Además, la Comisión tiene previsto poner en marcha iniciativas conjuntas de competencia y de desregulación en los sectores en que los análisis de mercado pongan de manifiesto que los marcos reguladores o las prácticas del sector privado obstaculizan la entrada de nuevos competidores. En este contexto, un uso integrado de diversos instrumentos puede ser la mejor fórmula para luchar contra las prácticas que obstaculizan esa entrada, como son las prácticas de exclusión por medio de acuerdos de exclusividad y repartos del mercado. También habrá que prestar especial atención a las concentraciones que conduzcan al cierre del mercado y a las medidas de ayuda estatal utilizadas para disuadir a posibles competidores de entrar en el mercado o impedir totalmente su entrada.

a) *La lucha contra los cárteles*

Los cárteles ocasionan un perjuicio grave y directo tanto a los consumidores como a las empresas que compran el producto objeto del cártel y ven así comprometida su competitividad²². La lucha contra los cárteles

²² Según estimaciones, el perjuicio causado asciende anualmente a muchos miles de millones de euros. Concertando los precios se obtiene por término medio un aumento del 10 por 100 del precio de venta, aunque este porcentaje varía mucho según el caso. Según una encuesta reciente de la OCDE, el incremento puede llegar a ser del 50 por 100 e incluso más [Fuente: OCDE (2002)].

tiene efectos inmediatos y positivos: precios más bajos, más competencia en calidad y una oferta más completa de productos y servicios. La detección e investigación de los cárteles seguirá siendo una prioridad de la Comisión. Los esfuerzos realizados en los últimos años han dado buenos frutos. Se han descubierto importantes acuerdos mundiales de fijación de precios y se han impuesto multas de una cuantía nunca antes alcanzada. La elevada cuantía de estas multas es prueba de la determinación de la Comisión de luchar contra los cárteles. El nuevo marco regulador facilitará una intensificación de esta lucha.

La lucha contra los cárteles solamente puede resultar fructífera si se consigue disuadir a las empresas de incurrir en tales prácticas. Los tres pilares básicos de una disuasión creíble son: las solicitudes de clemencia, las investigaciones *ad hoc* sin previo aviso y las fuertes sanciones.

El programa de clemencia de la UE²³, en particular, es un elemento crucial para desestabilizar los cárteles, ya que ofrece incentivos para abandonar y revelar este tipo de conductas secretas e ilegales. Por ello, este programa se mantendrá y, en lo posible, se irá perfeccionando para hacerlo aún más eficaz.

La Comisión se propone mantener e intensificar la lucha contra los cárteles.

b) *Sectores liberalizados*

También se redoblarán esfuerzos para reforzar la aplicación de las normas de competencia en los servicios públicos liberalizados, como los servicios postales, la energía, las telecomunicaciones y el transporte.

Una vez en vigor las medidas legislativas destinadas a suprimir los monopolios legales, dirigir el punto de mira a otro tipo de barreras que son, sobre todo, barreras de hecho. Las normas de competencia pueden ser muy útiles en este sentido, ya que suprimen los obstáculos que impiden una verdadera liberalización. Pero, además, es preciso vigilar de cerca el proceso de liberalización para impedir que las empresas ya establecidas en el mercado creen nuevas barreras o desplieguen estrategias restrictivas para protegerse contra la competencia incipiente. También es importante asegurarse de que no abusen de su posición o subvencionen actividades en nuevos mercados con la ayuda que reciben para prestar servicios de interés económico general. La existencia de una estructura de mercado basada en la competencia y en un acceso efectivo a los mercados será un factor especialmente importante en el sector de la energía.

²³ Puede obtenerse información sobre el programa de clemencia y explicaciones sobre el procedimiento de solicitud de clemencia en la siguiente dirección: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/leniency>.

Tal estructura conducirá a una mayor competencia de precios y a la aparición de nuevos tipos de servicios energéticos y garantizará que los consumidores se beneficien de la liberalización.

Una práctica proactiva de aplicación de las normas de competencia exige un enfoque integrado que aplique en cada caso el instrumento más apropiado, al objeto de crear el entorno idóneo para la competencia en el mercado recién liberalizado. Según la naturaleza del problema, la Comisión aplicará las normas antimonopolio, las de control de las concentraciones o las de control de las ayudas estatales.

Gracias al nuevo marco antimonopolio, la Comisión podrá cooperar más estrechamente con las autoridades nacionales de competencia. También colaborará con los reguladores sectoriales nacionales, que desempeñan un papel importante a la hora de llevar a la práctica la liberalización. En este contexto, la ampliación constituye un gran desafío y la Comisión mantendrá contactos estrechos con las autoridades de competencia y los reguladores nacionales para lograr la plena liberalización de los sectores energético, de telecomunicaciones y de transporte de los nuevos Estados miembros.

c) *Profesiones liberales y servicios financieros*

Se prestará especial atención a la competencia en áreas como los servicios financieros y las profesiones liberales, que también están sujetas a la normativa del mercado interior.

Las profesiones liberales son un ejemplo de sector de servicios caracterizado por una regulación frecuentemente gravosa y prácticas a menudo restrictivas. Seguramente es necesario cierto grado de regulación de estas profesiones, pero debe estar basada en consideraciones de interés general que minimicen los perjuicios para la competencia y los consumidores. En un reciente informe²⁴, la Comisión invitaba a las autoridades reguladoras de los Estados miembros y a los organismos profesionales a revisar las normas actualmente vigentes para asegurarse de que realmente son necesarias, proporcionadas y justificadas. Cuando sea necesario, la Comisión investigará las prácticas restrictivas.

En el sector de los servicios financieros, la aplicación proactiva de la normativa de competencia resulta crucial para crear un mercado financiero competitivo y para alcanzar uno de los principales objetivos de Lisboa. Los obstáculos a los servicios transfronterizos de compensación y liquidación pueden tener su origen en acuerdos exclusivos entre bolsas y proveedores de servicios de compensación y liquidación. Según un estudio reciente, en estos ámbitos predominan en toda Europa los acuerdos

²⁴ http://europa.eu.int/comm/competition/liberal_professions/final_communication_en.pdf.

exclusivos. Además, el mercado minorista de servicios bancarios y de seguros de la UE sigue fragmentado. Por último, la competencia en materia de pagos con tarjeta sigue compartimentada en mercados nacionales y no se produce a escala del mercado interior.

B. DESARROLLO DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE AYUDAS ESTATALES

La política de ayudas estatales continuará centrándose en el importante objetivo de reducir su volumen global, promoviendo al mismo tiempo las medidas horizontales de ayuda de interés comunitario. Además de desempeñar su función formal de aplicación de la normativa, la Comisión desarrollará aún más la iniciativa adoptada en 2003, por lo que se refiere a la detección de las deficiencias del mercado y a la eficacia de las medidas de ayuda. En los casos en que se concedan ayudas individuales o sectoriales, se seguirá un enfoque económico para evaluar la incidencia de la ayuda en la competencia y se tendrá en cuenta la experiencia sectorial acumulada con las políticas antimonopolio y de control de las concentraciones.

Concretamente, la Comisión seguirá velando por que el control de las ayudas estatales estimule la competencia y promueva unos mercados competitivos en el mercado interior mediante la creación de estructuras competitivas viables, teniendo en cuenta los intereses de los consumidores y los contribuyentes.

En una UE de 25 o más Estados miembros será imposible que la Comisión evalúe todos y cada uno de los falseamientos de la competencia producidos por las ayudas nacionales. Por consiguiente, la estrategia de aplicación de la normativa se basará en un análisis económico más riguroso de los efectos de las ayudas sobre la competencia. Sin perjuicio del pleno cumplimiento del Derecho comunitario, cabe distinguir entre las medidas que previsiblemente no vayan a tener un impacto significativo en la competencia a nivel comunitario y aquellas cuya incidencia tiene que ser objeto de una evaluación detenida y rigurosa.

Aunque la experiencia acumulada indica que el hecho de que una actividad pueda ser o sea objeto de comercio puede ser buen un punto de partida, hay otros factores pertinentes, como, por ejemplo, la cuantía de la ayuda, la estructura competitiva de los mercados afectados, el posible poder de mercado de los beneficiarios y la disponibilidad de la ayuda entre diferentes operadores del mercado. La Comisión se propone, por tanto, mejorar su análisis a fin de plasmar estos conceptos en una serie de orientaciones generales que faciliten la tarea de diseñar ayudas que cumplan los requisitos exigidos para ser consideradas compatibles con las normas del Tratado.

Además, se pondrá a punto una prueba para determinar qué medidas de ayuda probablemente no tengan un impacto significativo en la competencia en el mercado interior; esta prueba estará basada en la sencilla premisa de que, en general, cuanto más pequeña es una ayuda, menos falsea la competencia. Por lo tanto, siempre que se concedan para objetivos de interés comunitario común, como investigación, desarrollo e innovación, formación, empleo y desarrollo de las PYME, en principio será posible autorizar ayudas relativamente pequeñas sin necesidad de proceder a una evaluación detallada de las mismas. Ya están muy avanzadas las consultas emprendidas con vistas a la adopción en 2004 de un nuevo marco que integrará esta prueba en las normas sobre ayudas estatales.

La Comisión quiere reducir los tipos de ayuda que más falsean la competencia introduciendo algunos cambios en las normas aplicables a determinados tipos de ayuda, así como en la evaluación de las ayudas individuales. Por lo que se refiere a las normas sobre ayudas regionales, la reciente reducción de los niveles de ayuda autorizados para los grandes proyectos de inversión regional móviles en el marco multisectorial obedeció a la gran inquietud expresada por los Estados miembros por los efectos distorsionadores de los elevados niveles que alcanza este tipo de ayuda. Del mismo modo, la actual revisión de las directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis se centra en los perjuicios más graves ocasionados por estos dos tipos de medidas de ayuda a los competidores y en los falseamientos más importantes de la competencia que producen en el mercado interior.

Al examinar las ayudas individuales, se pretende detectar los casos que generan falseamientos graves de la competencia en el mercado interior y, en lo posible, concentrar los recursos en ellos. Algunos ejemplos son las ayudas fiscales, que consisten en ventajas fiscales, garantías ilimitadas o implícitas, especialmente en los sectores de los servicios financieros y de la energía, y el uso de ayudas estatales en los sectores recientemente liberalizados. La Comisión también pretende que el control de las ayudas estatales forme parte de una política de competencia integrada, en la que, por poner un ejemplo, al considerar la necesidad de que la empresa beneficiaria de una ayuda de reestructuración tome medidas compensatorias, se tenga en cuenta el posible impacto de las distintas medidas en la estructura competitiva de los mercados en cuestión.

En cuanto a los procedimientos, la Comisión considerará la oportunidad de introducir más cambios a la luz de la experiencia que se vaya adquiriendo con la aplicación del nuevo Reglamento, que ya está en una fase de elaboración avanzada. También contemplará la posibilidad de establecer otras exenciones por categorías para determinados tipos de ayuda y simplificar los procedimientos de adopción de las exenciones por categorías.

5. CONCLUSIÓN

La competencia efectiva en el mercado interior de la UE contribuye decisivamente a la competitividad de la industria europea al aumentar la productividad y la innovación. Una política de competencia proactiva dará un fuerte impulso a la competencia en toda Europa, secundando así los objetivos de Lisboa.

PRÁCTICAS ÓPTIMAS PARA DEFINIR LAS COMPETENCIAS RESPECTIVAS Y RESOLVER LOS ASUNTOS QUE IMPLIQUEN MEDIDAS CONJUNTAS DE LAS AUTORIDADES Y LOS ÓRGANOS DE REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA *

1. PRÓLOGO

1. En su quinto período de sesiones, celebrado del 2 al 4 de julio de 2003, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia pidió a la Secretaría de la UNCTAD que preparase un estudio, que sería examinado en el sexto período de sesiones, sobre las prácticas óptimas para definir las respectivas funciones y resolver los asuntos que impliquen medidas conjuntas de las autoridades encargadas de la competencia y los órganos de regulación.

2. El presente estudio analiza los enfoques que los distintos países aplican actualmente para ordenar la relación entre las autoridades y los órganos de regulación de la competencia así como las medidas adoptadas conjuntamente por ambos. El principal tema del estudio son los marcos de regulación nacional; no obstante, puesto que éstos, con inclusión de la competencia, son cada vez más a menudo objeto de acuerdos regionales, el estudio ofrece también una visión de la experiencia regional y considera las enseñanzas que pueden extraerse de ella.

2. INTRODUCCIÓN

3. La participación del sector privado en los sectores importantes de un país permite aumentar las oportunidades y favorece la competencia. Como consecuencia de los avances tecnológicos, los sectores tradiciona-

* Estudio realizado por la Secretaría de la UNCTAD, Junta de Comercio y Desarrollo, Comisión de la Inversión, la Tecnología y las Cuestiones Financieras Conexas, Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, Sexto período de sesiones, Ginebra, 8 a 10 de noviembre de 2004, Tema 3 i), TD/B/COM.2/CLP/44. Se transcribe únicamente el cuerpo del texto.

les convergen con otros sectores y se actualiza la noción de monopolio natural. Sin embargo, pese a estos avances, se ha demostrado que un grado razonable de intervención estatal resulta beneficioso, sin perjuicio de la ley en materia de competencia.

Algunas esferas de la economía siguen siendo susceptibles a los fallos del mercado y el papel del órgano regulador sectorial sigue siendo importante. De hecho, en muchos países la privatización a menudo ha traído aparejada la creación de nuevos órganos reguladores con objeto de asegurar el éxito de las reformas del mercado.

4. En este contexto, aunque un órgano regulador sectorial y una autoridad encargada de la competencia tienen distintos mandatos legislativos, emplean distintos enfoques y tienen diferentes perspectivas (ver el cuadro 1), ambos tienen un objetivo común y desempeñan funciones complementarias para la promoción de mercados competitivos y la salvaguardia del bienestar de los consumidores.

Cuadro 1: Características institucionales de los reguladores sectoriales y las autoridades encargadas de la competencia

	<i>Órgano regulador sectorial</i>	<i>Autoridad encargada de la competencia</i>
A. Mandato	Sustituir la falta de competencia; diversos objetivos socioeconómicos.	Proteger y mejorar el proceso de competencia prestando especial atención a los objetivos en materia de eficiencia.
B. Enfoque	<ul style="list-style-type: none"> — Atenuar los efectos de la posición dominante ejercida por los monopolios naturales o de red. — Imponer y observar condiciones de comportamiento. — Enfoque prescriptivo <i>ex-ante</i>. — Intervenciones frecuentes que exigen un flujo continuo de información. 	<ul style="list-style-type: none"> — Reducir la posición dominante siempre que sea posible. — Imponer medidas estructurales (y de comportamiento). — Observancia <i>ex-post</i> (excepto en el caso del examen de fusiones). — Recopilación de información en caso de investigación; mayor dependencia de las reclamaciones.

Fuente: Adaptado de OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*, 1999, DAFNE/CLP(99)8.

5. Pese a tener un objetivo común, pueden surgir fricciones entre los órganos reguladores sectoriales y la autoridad encargada de la competencia debido a las diferencias en la jerarquización de los objetivos y los métodos utilizados. Además, la jurisdicción en determinadas esferas no siempre está bien delimitada y puede plantear algunos problemas,

cuya resolución corresponderá al órgano de la autoridad, según se juzgue que uno u otra serán más eficaces en el problema concreto objeto de examen. En principio, basándose en la clasificación de las tareas típicamente asignadas a los reguladores sectoriales y las autoridades encargadas de la competencia (ver el recuadro 1), sería lógico que los primeros se limitaran a actuar en la esfera de la regulación económica y técnica y que se asignase a la segunda la protección de la competencia y la regulación del acceso. Sin embargo, a menudo es difícil establecer la diferencia entre la regulación económica y técnica y la regulación de la competencia.

Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, las decisiones técnicas relativas al uso del espectro y las consiguientes decisiones sobre licencias afectan enormemente al grado de competencia del sector. La autoridad encargada de la competencia y el órgano regulador sectorial tienen cierto grado de capacidad para establecer y aplicar condiciones de acceso razonables.

6. También se producen conflictos de jurisdicción como resultado de las ambigüedades que se plantean en la legislación para determinar si la reglamentación sectorial o la Ley de la Competencia tienen prioridad en la materia. En muchos casos, los órganos de regulación sectorial se crearon antes que la autoridad encargada de la competencia y se les confirieron responsabilidades en cuestiones relacionadas con la competencia en sus respectivos sectores.

Incluso cuando se han creado recientemente nuevos órganos reguladores sectoriales, por ejemplo, tras la desregulación y privatización, los países han decidido asignarles responsabilidades en aquel ámbito como forma de infundir y difundir los principios de la competencia en el régimen de regulación sectorial, favoreciendo de ese modo una aplicación consistente de la política de competencia en toda la economía.

Recuadro 1

Tareas regulatorias

- *Protección de la competencia:* controlar la conducta anticompetitiva y las fusiones.
- *Regulación del acceso:* asegurar el acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, en especial a la infraestructura de red.
- *Regulación económica:* adoptar medidas para controlar los precios monopolísticos.
- *Regulación técnica:* establecer y supervisar las normas para garantizar la compatibilidad y solucionar las cuestiones relacionadas con la confidencialidad, la seguridad y el medio ambiente.

3. PANORAMA GENERAL DE LAS EXPERIENCIAS NACIONALES

7. Las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores sectoriales pueden coexistir en diversas condiciones. Los países han elegido distintos enfoques para garantizar la coordinación y la coherencia normativa entre los órganos reguladores y la autoridad encargada de la competencia (ver el cuadro 2). Estos enfoques pueden clasificarse de manera general en cinco tipos:

I. Combinar la regulación técnica y económica en un órgano sectorial, dejando la aplicación de las normas sobre la competencia exclusivamente en manos de la autoridad correspondiente.

II. Combinar la regulación técnica y económica en un órgano sectorial, confiriéndole algunas o todas las funciones de aplicación de la Ley en materia de competencia.

III. Combinar la regulación técnica y económica en un órgano sectorial, confiriéndole funciones de aplicación de la Ley de la Competencia que han de realizarse en colaboración con la autoridad correspondiente.

IV. Organizar la regulación técnica como función independiente del órgano sectorial e incluir la regulación económica en las funciones de la autoridad encargada de la competencia.

V. Dependar únicamente de la autoridad encargada de la competencia para la aplicación de la Ley en la materia.

8. Según el análisis realizado por la OCDE sobre los diversos marcos establecidos en los Estados miembros de esa organización, no existe una forma ideal de dividir el trabajo entre los órganos reguladores sectoriales y las autoridades encargadas de la competencia. Esta división puede verse afectada por una amplia gama de factores, como el contexto socioeconómico y el sistema jurídico. Las características del sector regulado son también un factor importante en la elección del marco regulador, de tal modo que dentro de un país puede utilizarse más de un enfoque.

Cuadro 2: Enfoque nacional de la regulación y la competencia del sector

<i>País</i>	<i>Tipo</i>	<i>Observaciones</i>
Australia	IV, V	El papel regulador de la Comisión para la Competencia y el Consumidor de Australia abarca la regulación del acceso, la regulación del precio de los servicios públicos y otras tareas de regulación. Australia ha favorecido la regulación general en vez de sectorial, pero cuando existen órganos reguladores estatales, éstos tienen responsabilidades técnicas y económicas en diversos sectores y colaboran estrechamente con la Comisión.

País	Tipo	Observaciones
Brasil	I	La Ley de la Competencia se aplica plenamente a los sectores regulados y las autoridades en la materia se ocupan de su observancia en colaboración con los órganos reguladores sectoriales.
Canadá	II, III	<p>No existe una separación formal de jurisdicción. Los conflictos normativos posibles o aparentes se resuelven mediante el recurso a la doctrina de la «conducta regulada».</p> <p>Un segundo enfoque es la firma de un Memorando de Entendimiento entre la autoridad encargada de la competencia y el órgano regulador sectorial en el que se establecen de manera efectiva las funciones respectivas de esos organismos.</p> <p>Sin embargo, este enfoque no ha resultado ser una solución duradera en el caso del Memorando de Entendimiento firmado con la Comisión Canadiense de Radiotelevisión, ya que con el cambio de dirección se ha dejado de aplicar el Memorando.</p>
Estados Unidos de América	I, II	Los órganos reguladores sectoriales no se ocupan formalmente de aplicar la legislación antimonopolio; no obstante, el mandato en algunos sectores va más allá de la mejora de la competencia, con la consiguiente superposición de jurisdicciones. Cuando esto sucede, el Congreso adopta una decisión en cada caso y la autoridad encargada de la competencia desempeña una función de promoción.
Francia	II, III	<p>El mandato del órgano regulador sectorial en algunos sectores va más allá de la mejora de la competencia y conduce a una superposición sin separación formal de jurisdicción.</p> <p>En general, especialmente cuando se plantea la cuestión del <i>servicio público</i>¹, el Consejo de Estado o el Ministro de Economía, Hacienda e Industria resuelven cada caso individualmente y el Consejo de la Competencia desempeña una función de promoción. El Ministro toma las decisiones sobre las fusiones y las adquisiciones, que quedan fuera de la jurisdicción del Consejo de la Competencia. En caso de contradicción, la Ley de la Competencia establece que, por lo general, primarán las otras leyes y reglamentos.</p>
Kenya	II	La autoridad encargada de la competencia no tiene jurisdicción sobre los sectores regulados ni funciones de promoción. No obstante, los órganos reguladores sectoriales colaboran cada vez más con la autoridad encargada de la competencia, aunque no tienen obligación de hacerlo.

¹ Interés general (público).

<i>País</i>	<i>Tipo</i>	<i>Observaciones</i>
Malawi	II	La Ley de la Competencia no exime a los sectores regulados. Los órganos de regulación tienen el mandato de promover la eficiencia y la competencia. La separación de las jurisdicciones y la aclaración de las funciones respectivas de los organismos puede representar un problema cuando se aplique la Ley de la Competencia (aunque esta Ley existe desde 1998, aún no se ha aplicado).
Mauricio	II	Algunos órganos reguladores sectoriales tienen jurisdicción en materia de competencia.
Namibia	III	La Ley de la Competencia de 2003 copia el modelo de Sudáfrica.
Nueva Zelanda	V	Nueva Zelanda tiene una política de regulación «ligera» y cuenta con una Ley de la Competencia genérica. No obstante, en los últimos años se ha cuestionado este enfoque.
Portugal	III	Los órganos de regulación sectorial tienen jurisdicción en materia de competencia, y éstos y la autoridad encargada de la competencia han de colaborar en las cuestiones que surjan en ese ámbito. No existen disposiciones específicas en caso de conflicto.
Reino Unido	III	Los órganos reguladores sectoriales tienen jurisdicciones concurrentes. El Reglamento sobre la concurrencia de 2000 explica el procedimiento por el que se decide cuál es la autoridad más adecuada para ocuparse de un caso y el procedimiento para la solución de diferencias.
República de Corea	I, III, IV	Como consecuencia de la reforma regulatoria, la República de Corea avanza hacia el tipo III; no obstante, en algunos casos se aplican los tipos II y I.
República Unida de Tanzania	I	El art. 96 de la Ley de la Competencia Leal de 2003 excluye la conducta prevista en la legislación del sector (la legislación se especifica en la Ley).
Sudáfrica	III	Los órganos reguladores sectoriales tienen jurisdicción concurrente. Sin embargo, la Ley de la Competencia no queda explícitamente supeditada a otra reglamentación ni establece explícitamente que prima sobre ella. La autoridad encargada de la competencia ha de negociar acuerdos con los órganos reguladores sectoriales para coordinar el ejercicio de la jurisdicción sobre las cuestiones de competencia en los sectores regulados (cuando el órgano regulador tiene un mandato explícito sobre cuestiones de competencia en su sector, es decir, que esto no supone un acuerdo con cada órgano regulador sectorial). Actualmente, la

<i>País</i>	<i>Tipo</i>	<i>Observaciones</i>
		autoridad encargada de la competencia tiene acuerdos con los órganos reguladores de la radiodifusión y la electricidad, y en virtud de esos acuerdos es la principal investigadora en cuestiones de superposición de jurisdicciones. La autoridad encargada de la competencia desempeña también una función de promoción.
Zambia	II	Los órganos reguladores sectoriales tienen jurisdicción concurrente (poderes equivalentes). La autoridad encargada de la competencia ejerce también una función de promoción. No existe un sistema formal para la solución de las diferencias.
Zimbabwe	I, II	La Ley de la Competencia da prioridad a la autoridad en la materia en las cuestiones relacionadas con la competencia de los sectores regulados. El art. 3 de la Ley exige que los órganos reguladores sectoriales soliciten la autorización de esa autoridad en todos los casos de fusión en los sectores regulados.

9. No es raro que en la mayoría de los países la conducta resultante de la aplicación de otras leyes o reglamentaciones quede excluida de la aplicación de las leyes sobre la competencia². A menudo se entiende que es así incluso cuando la legislación nacional sobre la competencia no incluye una exclusión concreta a tal efecto o afirma que se aplica sin excepciones a toda la economía. La mayoría de las jurisdicciones, en general pueden aplicar su legislación sobre la competencia dentro de estos límites, lo que con frecuencia implica que las facultades de la autoridad encargada de la competencia y del órgano regulador no son claras o que existe un vacío normativo. Algunos factores, como el hecho de que los sectores, regulados o no, hayan sido objeto de reformas; la magnitud de dichas reformas; el hecho de que hayan aparecido o no los conflictos potenciales al aplicarse la Ley de la competencia a los sectores regulados y, en su caso, si los conflictos han sido lo suficientemente serios como para adoptar medidas, al parecer pueden hacer surgir en los países la idea de separar formalmente las jurisdicciones o resolver de cualquier otra manera la aparente superposición entre ellas, por ejemplo, creando normas específicas para cada sector dentro de la legislación sobre la competencia. En el caso de Sudáfrica, por ejemplo, cuando las empresas de los sectores de la banca y la agricultura cuestionaron la jurisdicción de la autoridad encargada de la competencia en un intento de escapar a su supervisión y los Tribunales comenzaron a interpretar que la frase de la Ley de la Competencia de 1998 que excluía «los actos sujetos a otra legislación o autori-

² Si se desean conocer algunos ejemplos de exclusión en los Estados miembros de la OCDE, ver *OECD, Coverage of competition laws: illustrative examples of exclusions, 2003*.

zados por ella» quería decir que las empresas de los sectores regulados no estaban incluidas en el alcance de la Ley, ésta se modificó en 2000 para crear jurisdicciones concurrentes en los casos en que se aplica a las cuestiones de la competencia otro sistema de regulación (ver el cuadro 2). En el Canadá, cuando los efectos de la liberalización y de una mayor competencia paralizaron una de las dos líneas aéreas más importantes del país y tuvieron por consecuencia la aprobación de un casi monopolio, a raíz de las restricciones legislativas sobre la propiedad extranjera las posibilidades de reparación fueron mucho menores. Fue necesario elaborar normas sectoriales específicas para resolver la consiguiente posición dominante. No siempre se puede anticipar este tipo de problemas, pero parece ser que en muchos países las cuestiones más espinosas en este contexto surgen en los sectores bancario, de la aviación comercial y de la agricultura, por lo que podría ser necesario prestar más atención a estos aspectos, en particular en los países en desarrollo que todavía no han comenzado o sólo ahora comienzan a aplicar las leyes de la competencia.

10. Al tratar de definir las funciones correspondientes a las autoridades encargadas de la competencia y a los órganos de regulación, la mayoría de los países ha reconocido que al aplicar sus respectivos mandatos estos dos grupos debían trabajar en estrecha colaboración y velar por la compatibilidad de sus políticas. Un elemento clave de esta cooperación es el intercambio oportuno de información y la consulta previa entre los órganos de regulación sectoriales y las autoridades encargadas de la competencia en todo lo atinente a sus respectivos ámbitos de especialización. En muchos casos se han creado foros de órganos de regulación a través de los cuales los órganos sectoriales y la autoridad encargada de la competencia se mantienen en contacto permanente y fortalecen y consolidan su cooperación y coordinación.

En algunos casos, la autoridad encargada de la competencia ha firmado memorandos de entendimiento con otros órganos de regulación en los cuales es característico que se establezca la relación que existirá entre ambos respecto de las cuestiones que exigen medidas conjuntas. Sudáfrica³ y el Canadá, por ejemplo, han utilizado este criterio. Sin embargo, en otros países, como Zimbabwe, la Ley de la Competencia dice simplemente: «*Cuando un órgano creado en virtud de la ley con el mandato de reglamentar las actividades de cualquier persona o clase de personas autoriza una fusión entre dos o más de esas personas, dicho órgano, a menos que la ley por la que se lo creó disponga otra cosa, solicitará a la Comisión en función de esa ley la autorización definitiva para llevar a cabo la fusión*» (enmienda del art. 3 de la Ley núm. 7 de 1996).

En Croacia, la coordinación con otros órganos de regulación abarca también la cooperación con la facultad de derecho de la universidad

³ Los Memorandos de acuerdo entre la autoridad encargada de la competencia de Sudáfrica y los órganos de regulación sectoriales pueden consultarse en el sitio web www.compcor.co.za.

local. Este tipo de cooperación puede ser muy útil para los países en desarrollo, donde escasean los profesionales en los ámbitos jurídico y económico.

Las funciones de promoción de la competencia de las autoridades en la materia también son un medio poderoso y eficaz para facilitar la coordinación y coherencia normativas entre dicha autoridad y otros órganos de regulación. En algunos lugares en que la autoridad es un departamento o ministerio, puede ser necesario velar por que tenga las facultades necesarias para asesorar a otros organismos públicos sobre sus programas legislativos y de regulación.

4. PANORAMA GENERAL DE LOS CRITERIOS REGIONALES

11. La relación entre la competencia y otras reglamentaciones⁴ también se plantea a nivel de las agrupaciones económicas regionales e internacionales; una de sus dimensiones es el efecto de dicha relación en el comercio entre los países miembros. Es cada vez más común que los acuerdos comerciales regionales incluyan disposiciones sobre la competencia que hacen referencia a las entidades de regulación y/o públicas. Además de la regulación directa, los Gobiernos también tratan de alcanzar diversos objetivos sociales y de política industrial superpuestos mediante la fijación de normas y el uso de incentivos fiscales e impuestos. Puesto que la regulación directa e indirecta puede utilizarse para alcanzar objetivos proteccionistas, en los acuerdos comerciales regionales también se determina a menudo qué puede o no considerarse un incentivo adecuado o una ayuda estatal. Con frecuencia, pero no siempre, los objetivos del libre comercio y competencia son complementarios⁵. De hecho, en el contexto del libre comercio, la política de la competencia se relaciona íntimamente con los pilares normativos de la liberalización, la desregularización y la privatización. Las disposiciones regionales suelen dar prioridad al objetivo de promover la eficiencia económica y las condiciones favorables para la inversión extranjera y por ello los debates giran en torno al acceso a los mercados y otros derechos de los inversores. Con frecuencia dan impulso a la reforma del marco normativo, en particular en el ámbito de los servicios públicos y los monopolios. Aunque dichas reformas puedan llevar mucho retraso y sean muy necesarias, la integración regional también puede restringir la capacidad de los Gobiernos de trabajar por la regulación de los servicios de interés público y la elaboración de políticas industriales —en particular en las economías en desarrollo, en las que los objetivos de regulación sectorial tradicionalmente comprenden objetivos socioeconómicos más amplios y no simple-

⁴ Incluidas la propiedad intelectual y las normas.

⁵ Por ejemplo, una práctica puede obstaculizar el acceso al mercado sin producir un efecto negativo discernible sobre la competencia general en el mercado de que se trate.

mente de eficiencia económica—, ya que su fin es asegurar el acceso a los mercados⁶.

12. El alcance de las disposiciones de los acuerdos regionales va del establecimiento de reglamentaciones supranacionales y la armonización de la legislación y las prácticas internas a la adopción de principios rectores comunes y el estímulo de la cooperación entre las autoridades nacionales. Si bien intentan minimizar el alcance de la regulación interna, diversos acuerdos reconocen también el derecho soberano de sus miembros a alcanzar objetivos de regulación siempre que se cumplan determinadas condiciones. En ese contexto, y reconociendo el caso especial de los monopolios naturales, algunos de los acuerdos también contienen exclusiones concretas.

13. Por ejemplo, la Unión Europea tiene exclusiones relacionadas con los ferrocarriles, las carreteras y los cursos de agua internos, el transporte marítimo y el transporte aéreo. Asimismo, se trata de manera diferente a algunas empresas a las que se ha confiado la prestación de servicios de interés económico general o que son monopolios lucrativos. Sin embargo, estas exclusiones se aplican sólo en la medida en que no tengan un efecto contrario a los intereses de la Comunidad Europea, y la Comisión Europea ha promovido activamente la reforma del marco normativo de los Estados miembros y aplicado las disposiciones en materia de competencia a las acciones públicas. La política de la Unión Europea en materia de competencia es, sobre todo, un instrumento para eliminar las fronteras nacionales entre los Estados miembros y completar la unificación del mercado común, explicándose así la necesidad de controlar la conducta de los agentes públicos y privados que no favorece la competencia. El sistema da cabida a las políticas en materia de competencia de los Estados miembros siempre y cuando no interfieran con la aplicación de la respectiva ley a nivel comunitario.

14. Las disposiciones del ALCAN⁷ exigen que los miembros adopten medidas para prohibir las prácticas privadas contrarias a la competencia, pero no se establecen normas que deban incorporarse en la legislación interna, sino que, por el contrario, se destaca la importancia de la cooperación para aplicar las normas en materia de competencia. Las disposiciones del ALCAN también reconocen el derecho de los Gobiernos a establecer monopolios o empresas estatales, pero intentan asegurar al mismo tiempo que no se obstaculice indebidamente el libre flujo del comercio

⁶ Resulta interesante señalar que en Francia, donde la tradición del *service public* sigue siendo una prioridad y la liberalización se ejecuta con cautela, la introducción de la competencia en el sector de la electricidad se vio precipitada por las ambiciones del monopolio estatal entonces integrado de expandirse a otros países de Europa. Otros países europeos preferían prohibir las adquisiciones o actividades por empresas relacionadas con los Estados que negaban un acceso a los mercados u oportunidades de inversión recíprocos.

⁷ Área de Libre Comercio de América del Norte. Lo integran el Canadá, los Estados Unidos de América y México.

fijando disciplinas para las actividades de esas entidades basadas en el principio de la no discriminación en la compra y venta de los bienes en que tienen monopolio (arts. 1.501 a 1.504). No obstante, hay quienes piensan que las disposiciones del ALCAN sobre la expropiación (art. 1.110)⁸ tienen un efecto negativo sobre la capacidad de un país de adoptar medidas de regulación que son de interés público. A diferencia del caso de las disposiciones de la Unión Europea, los miembros del ALCAN no se han comprometido explícitamente a elaborar ningún tipo de ley supranacional en materia de competencia.

15. El Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur (también conocido como «Protocolo de Fortaleza») insta a los países miembros a que sistematicen su legislación y enfoques respecto de la interrelación entre las políticas en materia de competencia y otras acciones de los Gobiernos, y propone un programa para la supervisión de los agentes privados en el mercado, así como de las políticas oficiales que puedan tener efectos contrarios a la competencia y de distorsión del comercio.

16. El Acuerdo Comercial de Relaciones Económicas Más Estrechas entre Australia y Nueva Zelanda (ANZCERTA, popularmente conocido con el nombre de CER) ha llevado a adoptar políticas comunes en materia de competencia a nivel regional y demuestra el grado de convergencia de las condiciones de la competencia en los mercados internos de los dos países como resultado de una profunda integración económica, pero, a diferencia de la Unión Europea, con escasa integración política⁹.

17. El acuerdo de la Unión Económica y Monetaria del África Occidental¹⁰ crea una autoridad supranacional cuya jurisdicción se extiende a las empresas públicas y a las políticas oficiales que puedan tener efectos de distorsión del comercio o ser perjudiciales para la competencia¹¹.

⁸ Las disposiciones contenidas en el art. 1.110 dan a los inversores el derecho a reclamar una indemnización a los Gobiernos cuando sus inversiones sufran pérdidas como resultado de medidas de regulación. Hasta la fecha, los inversores han iniciado procesos en virtud del cap. 11 ALCAN en diversos sectores, en particular el medio ambiente, la regulación del tabaco, las licencias farmacéuticas y los ingredientes de los pesticidas. Por ejemplo, el caso Metalclad c. México (medio ambiente) fue objeto de una gran polémica pública.

⁹ Las leyes en materia de competencia de Australia y Nueva Zelanda, si bien están armonizadas, no son idénticas; sin embargo, el CER es el ejemplo más exhaustivo de armonización y es el único que comprende el abandono de las limitaciones territoriales para permitir que una parte tome medidas en el territorio de la otra parte, reduciéndose de tal manera el obstáculo de pasar de una jurisdicción a otra a los fines de la investigación y el procesamiento. En julio de 2004, después de veintiún años de existencia del CER, los dos países anunciaron que habían encargado un estudio en el que, entre otras cosas, se examinaría la posibilidad de adoptar leyes comunes y crear un único órgano de aplicación.

¹⁰ Sus miembros son Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinea-Bissau, Malí, el Níger, el Senegal y el Togo.

¹¹ Los Estados miembros pueden pedir a la Comisión de la Unión Económica y Monetaria del África Occidental la exención de las disposiciones sobre la competencia cuya aplicación sería contraria a sus objetivos de interés público.

El proyecto de normas sobre la competencia del MECAFMO¹² se aplicará a todas las actividades económicas, ya sean públicas o privadas, y tendrá jurisdicción primaria sobre las industrias o los sectores, que corresponden al ámbito de competencia de una entidad regulatoria separada.

Crean una autoridad supranacional cuya responsabilidad es fomentar la competencia dentro del Mercado Común. Asimismo, la política en materia de competencia de la CARICOM¹³ contempla el trato supranacional de los casos con dimensiones regionales, mientras que el Protocolo VII, sobre política de la competencia, protección del consumidor, *dumping* y subsidios, tiene por fin controlar las medidas contrarias a la competencia de los sectores público y privado.

Todos estos acuerdos regionales sobre la competencia al parecer se han basado en el criterio de la Unión Europea que da cabida a las políticas en materia de competencia de los Estados miembros y en el cual la ley en la materia es uno de los principales instrumentos de integración económica.

18. Los países del APEC¹⁴ han elaborado normas basadas en los principios de no discriminación, integralidad, transparencia y responsabilidad. Los Principios del APEC para Fomentar la Política de la Competencia y la Reforma Regulatoria son voluntarios y no vinculantes y en ellos se destaca la cooperación para la defensa de la competencia. Reconocen que la política y la regulación en los países miembros pueden tener objetivos diferentes de la promoción de la competencia y que puede ser necesario hacer exenciones y excepciones en un marco regulatorio impulsado por la competencia.

5. OBSERVACIONES FINALES

19. A nivel interno, diversos factores —entre los cuales tienen gran relevancia la historia, los marcos jurídicos y constitucionales y las instituciones que forman parte del patrimonio del país— influirán en las decisiones de los Gobiernos al definir las funciones de las autoridades y los órganos de regulación de la competencia y al abordar la cuestión de las acciones conjuntas de ambos cuando surge la necesidad. El art. 7 de la Ley tipo de la UNTAD sobre la relación entre las autoridades y los órganos

¹² Mercado Común del África Meridional y Oriental. Los miembros son Angola, Burundi, las Comoras, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Kenya, Madagascar, Malawi, Mauricio, Namibia, la República Democrática del Congo, Rwanda, Seychelles, el Sudán, Swazilandia, Uganda, Zambia y Zimbabwe.

¹³ Comunidad del Caribe. Los países miembros son Antigua y Barbuda, las Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Monserrat, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tabago. Anguila, Bermuda, las Islas Caimán, las Islas Turcos y Caicos y las Islas Vírgenes Británicas son miembros asociados.

¹⁴

de regulación de la competencia, incluidos los órganos reguladores sectoriales, sirve de inspiración para los Gobiernos que se enfrentan a esta cuestión.

En la Ley tipo se establece que las autoridades en materia de competencia deben evaluar los obstáculos regulatorios a la competencia incluidos en las normas económicas y administrativas existentes desde una perspectiva económica, en particular cuando entra a tallar el interés general.

Se establece también que las obligaciones relativas al interés general, que corresponden al ámbito social y económico, deben consignarse de forma transparente.

20. Los países aplicarán los diferentes criterios según sus circunstancias particulares, ya que no puede pretenderse que un enfoque que sirve para un país (o un sector) pueda imponerse a otro. Las fuerzas poderosas que dan forma a la competencia y a los sistemas regulatorios de los países a menudo son propias de esos países únicamente y las diferencias nacionales constituyen un obstáculo importante para la armonización. No obstante, la OCDE ha señalado una serie de generalizaciones (ver el recuadro 2) que visiblemente se aplicarían a la mayoría de los sectores y los países.

21. Uno de los principios rectores más fundamentales que aparecen en todas las generalizaciones que figuran en el recuadro 2 es el principio de subsidiariedad, que en este contexto sostiene que toda forma particular de regulación debe ejecutarse en un nivel de gobernanza compatible con la eficacia regulatoria. Otros principios que se puede considerar que facilitan esta aplicación de la subsidiariedad son los que sirven para garantizar el acceso a la información necesaria para adoptar decisiones sensatas (transparencia); la participación de todas las partes que pueden resultar afectadas por una regulación (procedimiento reglamentario, por ejemplo, promoción de la competencia); y la eliminación de los costos innecesarios que puede traer aparejados una regulación excesiva o ineficaz (proporcionalidad).

22. Estos principios se aplican igualmente a nivel regional, en cuyo caso el principio de subsidiariedad debe mantener la regulación en un nivel de gobernanza compatible con el logro de la eficacia del marco normativo que tenga en cuenta el equilibrio adecuado de la eficiencia económica, los objetivos sociales y la legitimidad política¹⁵.

¹⁵ Imponer los mismos objetivos a personas que si tuvieran la posibilidad optarían por otros diferentes crea un costo político y debilita la comprensión pública de las cuestiones en juego y la aceptación por el público de los resultados. Además, aunque la adaptación de las reglamentaciones a las diferentes circunstancias es en cierto grado posible, resulta cada vez más difícil a medida que aumentan el número de países abarcado y las variaciones de las condiciones observadas en cada país [ver G. FEKETEKUTY, «The role of regional and global institutions in international regulatory integration» («El papel de las instituciones regionales y mundiales en la integración regulatoria internacional»), Documento presentado en la conferencia «Hacia la rivalidad en el regionalismo: políticas de integración regional de los Estados Unidos y la Unión Europea y el riesgo de una fisu-

Recuadro 2

Directrices de la OCDE para la distribución de tareas de promoción de la competencia entre las autoridades y los órganos de regulación en la materia

1. No siempre será necesario recurrir a la regulación económica para solucionar problemas debidos a una presunta posición dominante del mercado, porque esa posición puede ser demasiado transitoria como para preocuparse por ella o porque una regulación de poca intensidad puede ser el enfoque más idóneo.

2. La regulación técnica probablemente no encaje en los organismos encargados de la competencia.

3. Puesto que la combinación de la regulación económica y la regulación técnica tiene algunas ventajas, la primera de ellas probablemente no debería organizarse como función independiente.

4. En vista de lo que se ha dicho sobre la regulación técnica y económica, al parecer hay tres opciones prácticas:

- Combinar la regulación técnica y económica en un órgano regulador específico para cada sector y dejar la aplicación de la Ley de la Competencia totalmente en manos de la autoridad correspondiente.

- Organizar la regulación técnica como función independiente e incluir la regulación económica en las actividades de la autoridad encargada de la competencia.

- Combinar la regulación técnica y económica en el mandato de un órgano regulador específico para cada sector y encargarle también la aplicación total o parcial de la Ley de la Competencia.

5. Separar la aplicación de la Ley de la Competencia de la regulación significa sacrificar algunas sinergias y adoptar medidas para velar por que las empresas no sean objeto de demandas incoherentes, pero también sirve para garantizar que ambas políticas son administradas por organismos que las entienden plenamente y que tienen culturas adecuadas para su aplicación.

6. Si se decide combinar la aplicación de la Ley de la Competencia con la regulación económica, debe prestarse mucha atención a las diferentes maneras en que las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores desempeñan sus funciones principales, porque podrían ejercer una profunda influencia en la forma en que llevarían a cabo su mandato combinado.

7. En los sectores en que se prevé una evolución razonablemente rápida hacia la competitividad (es decir, los sectores en transición), si se ha decidido combinar la regulación económica con la aplicación de la Ley de la Competencia, quizás sería mejor asignar esta función a la autoridad y no a un órgano regulador específico de un sector.

ra regulatoria transatlántica», celebrada en Ebenhausen (Alemania) del 4 al 6 de julio de 1996]. Esto probablemente explica por qué los ejemplos más positivos y benéficos de convergencia en la regulación son generalmente aquellos en que la integración económica está más avanzada o las condiciones económicas no son demasiado diferentes.

8. En el caso de los sectores que no están en transición, si se ha decidido combinar la regulación económica con la responsabilidad de velar por un acceso no discriminatorio a los insumos necesarios, probablemente sería mejor que la función recayese sobre el órgano regulador y no sobre la autoridad encargada de la competencia.

9. Dado que las autoridades encargadas de la competencia al parecer tienen una ventaja comparativa sobre los órganos de regulación cuando se trata de impedir la aparición de conductas prohibidas contrarias a la competencia y examinar las fusiones, dichas autoridades deben tener jurisdicción exclusiva en esos ámbitos, o por lo menos tener una jurisdicción concurrente con el órgano de regulación.

10. Al parecer hay buenas razones para organizar a los órganos de regulación como organismos generales y no organismos encargados de sectores específicos (además, algunas de las diferencias de desempeño que se cree que existirían entre las autoridades encargadas de la competencia y los órganos de regulación probablemente desaparecerían si estos últimos tuvieran un carácter general en lugar de sectorial).

11. La expiración de la regulación económica, y en particular la que se aplica a los mercados en proceso de liberalización, debe estar prevista y no se debe renovar a menos que la autoridad en materia de competencia considere que la medida se justifica porque existe aún una situación de posición dominante; también cabe contemplar la posibilidad de exigir la no injerencia del órgano de regulación en los sectores competitivos, y también en este caso la autoridad encargada de la competencia podría muy bien participar en dicha determinación.

MODERNISATION. UNDERSTANDING COMPETITION LAW *

1. INTRODUCTION

1.1. On 1 May 2004, EC Regulation 1/2003 (the Modernisation Regulation)¹ came into force. The Modernisation Regulation substantially changes the framework for enforcement of European competition law. It requires the designated national competition authorities of the Member States² (NCAs) and the courts of the Member States to apply and enforce Articles 81 and 82 of the EC Treaty³ (Article 81⁴ and Article 82⁵ respectively) when national competition law is applied to agreements which may affect trade between Member States or to abuse prohibited by Article 82. It also establishes a «legal exception» regime. These changes are referred to in this guideline as «modernisation».

1.2. The Competition Act 1998 (the Act) has been amended both to take account of the Modernisation Regulation and in order to ensure that

* Office of Fair Trading (OFT). Se reproduce el cuerpo del primero (DOCUMENTO oft 442) de las 14 *guidelines* (vid. Nota de prensa 215/04, de 21 de diciembre de 2004, <http://www.oft.gov.uk/News/Press+releases/2004/215-04.htm>) que la OFT ha elaborado a resultados del Reglamento 1/2003. Se puede acceder al resto de las *guidelines* que analizan de forma más detallada diferentes aspectos novedosos que plantea la aplicación del Reglamento 1/2003 por las autoridades inglesas de la competencia en la dirección: <http://www.oft.gov.uk/Business/Legal/Modernisation/publications.htm>.

¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L1, 4.1.03, p. 1).

² As from 1 May 2004 the Member States are: Austria, Belgium, Cyprus, the Czech Republic, Denmark, Estonia, France, Finland, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, the Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, and the United Kingdom.

³ The Treaty establishing the European Community.

⁴ Article 81(1) prohibits agreements which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market.

Agreements which fall within Article 81(1) are prohibited unless the conditions in Article 81(3) are met. Further details on Article 81 are provided in the competition law guideline *Agreements and concerted practices* (OFT 401).

⁵ Article 82 prohibits conduct by one or more undertakings which amounts to an abuse of a dominant position within the common market or in a substantial part of it and which may affect trade between Member States. Further details on Article 82 are provided in the competition law guideline *Abuse of a dominant position* (OFT 402).

the United Kingdom system remains aligned with the EC system post-modernisation.

1.3. This guideline sets out how the Modernisation Regulation and related changes to the Act will be applied by the OFT.

1.4. An outline of the Modernisation Regulation is set out in Part 2 of this guideline. Part 3 describes the «legal exception» regime introduced by the Modernisation Regulation. Part 4 considers the relationship between EC and national competition laws. Part 5 explains how the OFT will apply Articles 81 and 82. Part 6 deals with block exemption regulations under the EC and United Kingdom «legal exception» regimes. Part 7 sets out the details of opinions that may be issued by the OFT on novel or unresolved questions relating to the application of Article 81, Article 82, the Chapter I prohibition, and the Chapter II prohibition and informal advice given by the OFT on an ad hoc basis.

1.5. The new framework established by the Modernisation Regulation makes co-operation between the OFT, the European Commission and other NCAS more important. Part 8 explains how cooperation will be achieved in practice. Part 9 addresses confidentiality and disclosure of information under the Modernisation Regulation and the Enterprise Act 2002 (the Enterprise Act). Part 10 sets out how the changes will affect the role of the courts and Part 11 explains the transitional arrangements that will apply to pending notifications, to individual exemptions granted by the OFT or the European Commission, and to ongoing cases.

2. THE MODERNISATION REGULATION

2.1. The Modernisation Regulation has introduced a new framework for the application of Articles 81 and 82 with the aim of creating a more effective enforcement regime across the European Union. NCAS may now apply Articles 81 and 82 alongside the European Commission. This contrasts with the situation prior to modernisation under Council Regulation (EEC) 17/62, whereby the European Commission alone had the competence to apply Article 81(3) to agreements⁶ that infringed Article 81(1). Article 81(1) and Article 82 were directly applicable, but there was no requirement for NCAS to have the power to apply Article 81(1) or Article 82 – and the OFT did not have this power in the United Kingdom.

⁶ Reference in this guideline to «agreement(s)» should, unless otherwise stated or the context demands it, be taken to include decisions by associations of undertakings and concerted practices.

2.2. The Modernisation Regulation:

- decentralised the application of Articles 81 and 82: the OFT, as an NCA, is competent to apply Articles 81 and 82 in the United Kingdom alongside the European Commission;
- abolished the system of notifying agreements for exemption under Article 81(3) and the exclusive competence of the European Commission to apply Article 81(3);
- created a more level playing field for the treatment of agreements throughout the European Community: the application of national competition laws (and decisions of courts) cannot prohibit agreements, which may affect trade between Member States, which are permitted under Article 81, and;
- established a network of competition authorities (European Competition Network or ECN), consisting of the European Commission and NCAs, to co-ordinate enforcement.

2.3. The Modernisation Regulation requires NCAs to apply Articles 81 and/or 82 respectively where they apply national competition law to an agreement within the meaning of Article 81(1) or an abuse prohibited by Article 82 which may affect trade between Member States. The Modernisation Regulation does not, however, lay down the procedures to be followed by NCAs in applying Articles 81 and 82.

2.4. In order to ensure the effective application of the new framework, the Modernisation Regulation requires each of the Member States to designate NCAs for the purpose of applying Articles 81 and 82. The OFT and the Regulators have been designated as NCAs for the United Kingdom⁷. The Regulators will fulfil their role as NCAs in relation to their respective sectors.

2.5. The Modernisation Regulation also addresses how the European Commission will apply Articles 81 and 82. These provisions of the Modernisation Regulation are not dealt with in this guideline, but the European Commission has issued a number of Notices explaining how it will operate under the Modernisation Regulation⁸.

⁷ Note that the Competition Commission is not designated as an NCA for the purpose of applying Articles 81 and 82. The Competition Commission is an independent public body established by the Act. The Competition Commission conducts indepth inquiries into mergers, markets and the regulation of the major regulated industries, undertaken in response to a reference made to it by another authority.

⁸ The Notices are as follows: *Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities* (OJ C101, 27.04.2004, p. 43), *Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC* (OJ C101, 27.04.2004, p. 54), *Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters)* (OJ C101, 27.04.2004, p. 78), *Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty* (OJ C101, 27.04.2004, p. 65), *Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty* (OJ C101, 27.04.2004, p. 81), and *Notice – Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty* (OJ C101, 27.04.2004, p. 97).

3. FRAMEWORK FOR THE APPLICATION OF ARTICLES 81 AND 82

3.1. The Modernisation Regulation sets out the framework for the application of Articles 81 and 82.

3.2. The Modernisation Regulation introduces a «legal exception» regime. This means that an agreement that falls within the scope of Article 81(1) but which satisfies the conditions set out in Article 81(3) shall not be prohibited, no prior decision to that effect being required. Such an agreement is valid and enforceable from the moment that the conditions in Article 81(3) are satisfied and for as long as that remains the case.

3.3. In respect of Article 82, the Modernisation Regulation provides that abuse of a dominant position caught by Article 82 is prohibited without the need for a prior decision to that effect.

A. ABOLITION OF THE EC AND UNITED KINGDOM NOTIFICATION SYSTEMS

3.4. The legal exception regime, with its direct application of Article 81(3), means that undertakings are no longer required to notify agreements to the European Commission in order for those agreements to be exempt from the application of Article 81(1).

3.5. In order to ensure consistency with the EC regime, the system of notifications under the Act has been abolished. It has been amended so that an agreement that falls within the scope of section 2 of the Act (the Chapter I prohibition) but which satisfies the conditions set out in section 9(1) of the Act shall not be prohibited, no prior decision by the OFT to that effect being required. From 1 May 2004, it is not possible for the OFT to accept notifications for decision or guidance under the Act. However, the OFT will continue to offer informal advice and may (as set out in paragraphs 7.4 to 7.19 below) provide published guidance in the form of Opinions where a case presents novel or unresolved questions about the application of Article 81, Article 82 and/or the prohibitions in the Act. The OFT's treatment of individual exemptions granted before 1 May 2004 and pending United Kingdom notifications as at 1 May 2004 is set out in Part 11 below.

B. BURDEN AND STANDARD OF PROOF

3.6. Article 2 of the Modernisation Regulation sets out who will bear the burden of proving the facts relating to the conditions for applying Articles 81 and 82. The burden of proving an infringement of

Article 81(1) or Article 82 is placed on the European Commission, the NCA or the party alleging the infringement. If an undertaking is seeking to rely on Article 81(3) then it bears the burden of proving that the conditions in Article 81(3) are met.

3.7. In order to ensure the consistent application of EC and United Kingdom law an identical approach to the burden of proof to that under Article 2 of the Modernisation Regulation applies under section 9(2) of the Act. This means that the OFT or party alleging an infringement of the Chapter I prohibition and/or the Chapter II prohibition will be required to prove the infringement. If an undertaking seeks to rely on section 9(1) of the Act in any proceedings, then it will bear the burden of proving that section 9(1) applies.

3.8. The standard of proof applied to infringement decisions under Articles 81 and 82 is that applied in the United Kingdom in relation to the Chapter I and Chapter II prohibitions.

4. RELATIONSHIP BETWEEN EC AND NATIONAL COMPETITION LAWS

A. ARTICLE 3 OF THE MODERNISATION REGULATION

4.1. The relationship between EC competition law and national law is governed by Article 3 of the Modernisation Regulation. Article 3(1) provides that where the OFT applies national competition law to agreements within the meaning of Article 81(1) which may affect trade between Member States, it must also apply Article 81 to such agreements. Where it applies national competition law to an abuse of a dominant position prohibited by Article 82, it must also apply Article 82.

4.2. What happens in the event that national competition law would lead to a stricter outcome than the position under EC competition law is also dealt with under Article 3. The position is different according to whether Article 81 or Article 82 applies.

4.3. In relation to agreements within the meaning of Article 81(1) which may affect trade between Member States, applying national competition law may not lead to the prohibition of an agreement if the agreement would be permitted under Article 81. This could be because the agreement in question does not restrict competition within the meaning of Article 81(1), the conditions in Article 81(3) are met or the agreement is covered by an EC block exemption regulation.

4.4. In relation to conduct which may affect trade between Member States, Article 3(2) permits the application of stricter national law than Article 82 to prohibit or sanction unilateral conduct. In the United King-

dom the unilateral conduct of undertakings may, for example, be examined under the market investigation provisions of the Enterprise Act.

B. EFFECT ON TRADE BETWEEN MEMBER STATES

4.5. As outlined above, the OFT is required to apply Articles 81 and/or 82 in addition to national competition law if an agreement or an abuse prohibited by Article 82 «may affect trade between Member States».

4.6. The European Commission has issued a Notice entitled *Guidance on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*⁹ (the *Effect on Trade Notice*) to assist with the assessment as to whether or not agreements or conduct have an effect on trade between Member States. The OFT will have regard to the *Effect on Trade Notice* in its application of competition law. Further information on the concept of effect on trade is available in the competition law guidelines *Agreements and concerted practices* (OFT 401) and *Abuse of a dominant position* (OFT 402).

C. PRIMACY OF COMMUNITY LAW

4.7. In applying Articles 81 and 82, the OFT and the national courts are bound by the fundamental principle of the primacy of Community law and must follow the case law of the European Court in interpreting Community legislation. As a consequence, an agreement prohibited by Article 81 or conduct prohibited by Article 82 cannot be permitted under national law.

4.8. The Modernisation Regulation also makes further provision to ensure consistency in the application of Community law by NCAs. Article 16(2) of the Modernisation Regulation provides that where the European Commission has taken a decision on an agreement or conduct under Article 81 or Article 82, NCAs cannot take a decision in respect of the same agreement or conduct which would run counter to the decision adopted by the European Commission.

D. INTERACTION WITH THE ACT

4.9. In addition to the obligations under Community law, section 60 of the Act aims to ensure that the United Kingdom authorities deal with

⁹ OJ C101, 27.04.2004, p. 81.

cases under Part I of the Act consistently with Community law in so far as this is possible having regard to any relevant differences between the provisions concerned.

4.10. The provisions of section 60 of the Act apply to all United Kingdom authorities which are involved with the administration and enforcement of Part I of the Act: the OFT, the Regulators, the Competition Appeal Tribunal (the CAT) and the domestic courts.

4.11. When dealing with questions arising under Part I of the Act in relation to competition within the United Kingdom, the United Kingdom authorities are under a dual obligation. First, they must ensure that there is no inconsistency with either the principles laid down by the EC Treaty and the European Court, or any relevant decision of the European Court. Second, the United Kingdom authorities must have regard to any relevant decision or statement of the European Commission. In the OFT's view, this is limited to decisions or statements which have the authority of the European Commission as a whole, such as, for example, decisions on individual cases under Articles 81 and/or 82. It would also include European Commission Notices and clear statements about its policy approach which the European Commission has published in its Annual Reports on Competition Policy.

4.12. The obligation to ensure consistency applies only to the extent that this is possible, having regard to any relevant differences between the provisions concerned.

E. INTERACTION BETWEEN ARTICLES 81 AND 82 AND THE PROHIBITIONS IN THE ACT

a) *Dual Application*

4.13. In cases where an undertaking has committed an infringement of both an EC prohibition (i.e. Article 81 or Article 82) and the equivalent UK prohibition (i.e. the Chapter I prohibition or Chapter II prohibition respectively), the undertaking will not be penalised twice for the same anti-competitive effects.

4.14. Under the OFT's Rules¹⁰ the OFT may, at any time prior to making an infringement decision, elect to apply to a case one or more of the Chapter I prohibition, the Chapter II prohibition, the prohibition in Article 81(1) and the prohibition in Article 82 (whether or not any such election has previously been made by the OFT in that case). This means that a case started under the Chapter I prohibition can be continued under

¹⁰ The Competition Act 1998 (Office of Fair Trading's Rules) Order 2004 (SI 2004/2751) (the OFT's Rules), rule 10.

Article 81 alone or (as is more likely) under both the Chapter I prohibition and Article 81 if it is subsequently concluded that there may be an effect on trade between Member States. It also means that a case started under Article 81 can be continued under the Chapter I prohibition alone if it is subsequently concluded that there is no effect on trade between Member States. The same principles apply in relation to cases commenced under the Chapter II prohibition and/or Article 82. The provisions of rules 4 (on statement of objections) and 5 (on notices, access to file and representations) of the OFT's rules shall apply to the extent that they have not already been applied.

b) *Exclusions*

4.15. Although the concept of an exclusion is not specifically recognised in relation to Article 81, under EC competition law certain categories of agreement are, in effect, excluded from the application of Article 81.

4.16. In certain limited circumstances agreements and/or conduct may benefit from an exclusion from the application of either the Chapter I and/or II prohibitions. Lists of potentially available exclusions may be found in the competition law guidelines *Agreements and concerted practices* (OFT 401) and *Abuse of a dominant position* (OFT 402). It should be noted that there are more potentially available exclusions under the Act than are available under EC law. Accordingly an agreement and/or conduct that benefits from an exclusion from the Chapter I and/or Chapter II prohibitions may still be subject to scrutiny under Article 81 and/or 82.

F. INTERACTION WITH OTHER NATIONAL LAW

a) *General*

4.17. As more fully explained in paragraphs 4.1-4.4 above, Articles 3(1) and (2) apply when national competition law is applied to agreements or conduct which may affect trade between Member States. However, Article 3(3) disapplies Articles 3(1) and (2) with respect to national merger control law. Furthermore, it states that Articles 3(1) and (2) do not preclude the application of national law that predominately pursues objectives different from those pursued by Articles 81 and 82.

4.18. The following paragraphs address key areas in which Articles 81 and 82 may interact with the application of national law. There may, however, be other areas in which such interactions occur.

b) *Mergers*

4.19. Article 3(3) of the Modernisation Regulation disappplies the requirement to apply Articles 81 and/or 82 as well as national competition law in cases where an NCA or the courts apply national merger control. As a consequence, where a merger, acquisition or joint venture is subject to investigation under the merger control provisions of the Enterprise Act there is no obligation to apply Articles 81 and/or 82 to the transaction whether or not it may have an effect on trade between Member States. This is so even if a merger, acquisition or joint venture has a Community dimension as defined in the EC Merger Regulation¹¹ but is subject to a reference back to the United Kingdom authorities by the European Commission. The OFT would not seek to apply Articles 81 and/or 82 in such circumstances.

c) *Market investigation references*

4.20. Under the Enterprise Act, the OFT and, in certain circumstances, the Secretary of State have powers to make a reference to the Competition Commission for investigation where there are reasonable grounds for suspecting that any feature, or combination of features, of a market in the UK for goods or services prevents, restricts or distorts competition in connection with the supply or acquisition of any goods or services in the UK or part of it. The OFT's guidance on *Market investigation references* (OFT 511) explains how this power is exercised by the OFT.

d) *The cartel offence*

4.21. The cartel offence under the Enterprise Act and Article 81 and the Chapter I prohibition are aimed at different legal persons. The cartel offence is aimed at dishonest activity by individuals whereas Article 81 and the Chapter I prohibition are aimed at anti-competitive activity by undertakings. The Modernisation Regulation does not apply to national laws which impose criminal sanctions on natural persons, except to the extent that such sanctions are the means whereby competition rules applying to undertakings are enforced. The OFT considers that the cartel offence is not a means whereby competition rules applying to undertakings are enforced.

4.22. The OFT, therefore, considers that the investigation or prosecution of an individual under the cartel offence would not require the OFT to apply Article 81 as well.

¹¹ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) OJ L24, 29.01.2004, p. 1.

4.23. However, the circumstances leading to an infringement of Article 81 or the Chapter I prohibition may also give rise to the prosecution of an individual under the cartel offence. This may lead to parallel investigations under the criminal provisions in the Enterprise Act and Article 81 and/or the Chapter I prohibition.

4.24. Where parallel investigations are underway, the investigating officers of the OFT will, where appropriate, act in accordance with criminal law and procedures in collecting evidence and gathering information.

Where information has been exchanged between NCAs or between NCAs and the European Commission pursuant to the Modernisation Regulation, the information exchanged will not be used in evidence for the purposes of proving the cartel offence.

4.25. In certain cases, parallel investigations may be progressed where the Serious Fraud Office is leading the criminal investigation. Suitable procedures will be adopted to ensure that the two investigation teams maintain an on-going dialogue and to ensure that an investigation under Article 81 and/or the Chapter I prohibition does not prejudice a parallel criminal investigation.

4.26. In cases where the European Commission is investigating an infringement of Article 81 involving a potential criminal cartel offence in the United Kingdom, the OFT and the European Commission will cooperate to co-ordinate the investigations.

4.27. Further details on parallel investigations under the cartel offence and Article 81 and/or the Chapter I prohibition are provided in the OFT guidance on *Powers for investigating criminal cartels* (OFT 505).

e) *Regulated industries*

4.28. The Regulators are able to apply the Chapter I and Chapter II prohibitions in relation to their regulated industries by virtue of their concurrent powers under the Act. Additionally the Regulators are NCAs for the purposes of the Modernisation Regulation and are therefore able to apply Articles 81 and 82 in relation to their respective industries. Where the Regulators apply the Chapter I and/or Chapter II prohibitions, and there may be an effect on trade between Member States, they are also obliged, by Article 3 of the Modernisation Regulation, to apply Articles 81 and/or 82.

4.29. The Regulators also possess sectoral powers under national law in relation to their respective industries. Some of these powers may, in certain circumstances, be capable of being used to pursue the same or similar objectives to Articles 81 and 82, i. e. the protection of competition on the market, and may therefore be considered to be «national

competition law» within the meaning of Article 3 of the Modernisation Regulation. If so the application of such sectoral powers may give rise to an obligation to apply Articles 81 and/or 82 as well as the sectoral power if trade between Member States may be affected. Sectoral powers may, however, be used predominantly to pursue a different objective to that of Articles 81 and 82. In such cases these sectoral powers would not be considered to be «national competition law» and so the obligation in Article 3(1) would not arise.

4.30. If an agreement or conduct could potentially fall within the scope of both Articles 81 and/or 82 and sector-specific powers which predominantly pursue a different objective to that of Articles 81 and 82, the Regulators will consider which regime is the most appropriate to address the agreement or conduct in question. In doing so, they will be required to bear in mind their obligations as NCAS under the Modernisation Regulation and their obligations as Regulators under national law.

5. APPLICATION AND ENFORCEMENT OF ARTICLES 81 AND 82 BY THE OFT

A. GENERAL

5.1. The OFT will generally examine anti-competitive agreements or conduct either by starting an investigation on its own initiative or as a result of a complaint received from a third party. Whilst the Modernisation Regulation gives NCAS the power to apply Article 81 and Article 82, it leaves the mechanisms for investigating infringements and enforcing decisions to procedures laid down in national law. In order to enable the application and enforcement of Articles 81 and 82 by the OFT the Act has been amended. The OFT therefore uses the powers of investigation and enforcement it has under the Act in Article 81 and Article 82 investigations. The level of financial penalties imposed will also be determined in accordance with national law¹².

B. POWERS TO INVESTIGATE SUSPECTED INFRINGEMENTS OF ARTICLES 81 AND 82

5.2. The OFT's powers to investigate suspected infringements of United Kingdom competition law under the Act have been extended to cover Article 81 and Article 82. The OFT may investigate on its own behalf or at the request of other NCAS or the European Commission¹³. A

¹² See OFT's *guidance as to the appropriate amount of a penalty* (OFT 423) for further details.

¹³ Article 22 of the Modernisation Regulation.

detailed description of the powers of investigation available to the OFT is provided in the competition law guideline *Powers of investigation* (OFT 404).

C. THE OFT'S ENFORCEMENT POWERS UNDER THE MODERNISATION REGULATION

5.3. Article 5 of the Modernisation Regulation provides that NCAS may take certain decisions applying Articles 81 and 82. When applying Articles 81 and 82, the OFT may:

- require an infringement be brought to an end,
- order interim measures,
- accept binding commitments, and
- impose financial penalties.

5.4. These powers are broadly the same as those the OFT has under the Act to enforce the Chapter I and Chapter II prohibitions, including the power to accept binding commitments.

5.5. The Modernisation Regulation does not provide for the harmonisation of powers of enforcement or procedures between Member States. Accordingly, other NCAS may apply different powers of enforcement or procedures to those applied by the OFT. The European Commission's enforcement powers are often similar to those of the OFT, but the OFT is not required to follow the enforcement procedures of the European Commission. For instance, the OFT uses court orders to enforce interim measures and binding commitments under Articles 81 and 82. The European Commission, by contrast, uses periodic penalty payments.

5.6. A detailed description of the scope of the various powers of enforcement available to the OFT is provided in the competition law guideline *Enforcement* (OFT 407) and details of the imposition of financial penalties are provided in the OFT's *guidance as to the appropriate amount of a penalty* (OFT 423).

6. BLOCK EXEMPTIONS

A. EC BLOCK EXEMPTION REGULATIONS

6.1. The Modernisation Regulation does not remove the existing EC block exemption regulations, nor does it affect the ability of the European Commission or the European Council to adopt further EC block exemption regulations.

6.2. Where the Commission has adopted a block exemption regulation, it may, in accordance with Article 29(1) of the Modernisation

Regulation, withdraw the benefit of such an exemption when it finds that in any particular case an agreement, decision or concerted practice to which the exemption regulation applies has certain effects which are incompatible with Article 81(3) of the Treaty.

6.3. The OFT may also, in accordance with Article 29(2) of the Modernisation Regulation, withdraw the benefit of an EC block exemption regulation in a particular case from any agreement if the following conditions are met:

- the territory of the United Kingdom, or a part of it, has all the characteristics of a distinct geographic market, and
- the agreements in question have effects that are incompatible with Article 81(3) in the territory of the United Kingdom.

6.4. In cases where networks of vertical agreements fall within the terms of EC block exemption regulations and the OFT has a reasonable suspicion that the conditions set out in paragraph 6.3 apply to one or more markets in the United Kingdom, it may (as an alternative to taking action itself) decide to refer the relevant markets to the Competition Commission for investigation under the Enterprise Act. If the Competition Commission finds that the above conditions are met and that competition has been prevented, restricted or distorted by the network of similar vertical agreements, the Competition Commission may recommend to the OFT that it withdraws the benefit of the relevant block exemption regulation.

B. EFFECT ON THE UNITED KINGDOM BLOCK EXEMPTION REGIME

6.5. The Modernisation Regulation does not affect the Secretary of State's power under the Act to make national block exemption regulations on the recommendation of the OFT (although it may affect the circumstances in which such a recommendation would be made). Existing national block exemption regulations continue to apply¹⁴. In respect of EC block exemption regulations, the operation of the Act parallel exemption similarly remains unaffected. National block exemption regulations do not apply for the purpose of Article 81.

7. OPINIONS AND INFORMAL ADVICE

A. GENERAL

7.1. Undertakings will generally be well placed to analyse the effect of their own conduct under Article 81 and Article 82 and under the

¹⁴ Currently there is one United Kingdom block exemption: Competition Act 1998 (Public Transport Ticketing Schemes Block Exemption) Order 2001 (SI 2001/319).

Chapter I and Chapter II prohibitions in the light of relevant Community case law and Community instruments including EC block exemption regulations and European Commission notices. Further, United Kingdom case law and competition law guidelines such as this one are also available to assist undertakings in considering the application of the law under the Act.

7.2. Undertakings may request confidential informal advice on the application of Article 81, Article 82 and/or the prohibitions in the Act by contacting OFT officials on an ad hoc basis. However, in specific cases that raise novel or unresolved questions of law, it may be possible to obtain fuller written guidance from the European Commission in the form of a Guidance Letter or from the OFT in the form of an Opinion.

B. THE EUROPEAN COMMISSION'S APPROACH

7.3. The European Commission has published a notice setting out its intention to issue Guidance Letters in certain circumstances, most particularly where a case gives rise to genuine uncertainty because it presents novel or unresolved questions for the application of the law. Further information about the European Commission's approach can be found in its *Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters)*¹⁵.

C. THE OFT'S APPROACH

a) *Opinions*

7.4. Where a case raises novel or unresolved questions about the application of Article 81, Article 82 and/or the prohibitions in the Act in the United Kingdom, and where the OFT considers there is an interest in issuing clarification for the benefit of a wider audience it may publish written guidance in the form of an Opinion.

7.5. In order for the OFT to consider a request for an Opinion relating to the application of Article 81, Article 82 and/or the prohibitions in the Act all of the following conditions must be fulfilled:

— There is not sufficient precedent in Community or United Kingdom case law, or decisions, practice or previously published opinions given by the European Commission's competition services or the OFT to answer the question posed.

¹⁵ OJ C101, 27.04.2004, p. 78.

— The OFT considers that there is a need for a published Opinion.

The OFT's view of the need for a published Opinion will be guided in particular by the following:

- a) the economic importance from the point of view of the consumer of the goods or services to which the agreement or conduct relates,
- b) the extent to which a new type of agreement or conduct is likely to result in wide-spread usage in the market place, and
- c) the scope of the investments related to the agreement or conduct in relation to the size of the companies concerned.

— The Opinion can be prepared on the basis of the information provided, i.e. no further substantial fact finding is required.

However, the OFT may make requests for further information to assist its assessment.

7.6. The OFT will not consider a request for an Opinion in any of the following circumstances:

- the question(s) raised in the request are identical or similar to issues raised in a case pending before the European Court or the European Commission,
- the agreement or conduct to which the request refers is subject to proceedings pending before a Member State court or NCA, or
- the European Commission or another NCA is already considering a request for an Opinion in respect of the agreement or conduct which is the subject of the request before the OFT,
- the request relates to hypothetical questions.

7.7. A request for an Opinion should only be made to the OFT in relation to an agreement or conduct that has or could potentially have substantial, direct, actual or foreseeable effects on competition in the United Kingdom or is implemented within or originates from the United Kingdom. It follows that the OFT will only give an Opinion where there exists a material link between the agreement or conduct and the United Kingdom.

7.8. Any request based on the above criteria is without prejudice to the power of the OFT to commence an investigation under Article 81, Article 82 and/or the prohibitions in the Act with regard to the facts presented in the request.

7.9. Whilst not obliged to do so under the Concurrency Regulations¹⁶, the OFT and the Regulators will always consult with each other when considering a request for an Opinion where it appears they may have concurrent jurisdiction.

¹⁶ Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004 (SI 2004/1077). Further details about the Concurrency Regulations are set out in the competition law guideline *Concurrent application to regulated industries* (OFT 405).

7.10. Undertakings considering making a request should approach the OFT informally to establish the best way to proceed.

7.11. The OFT will, in principle, evaluate the request on the basis of the information provided but may use additional information available from public sources, former proceedings or any other source. The OFT can also undertake whatever informal fact finding measures it thinks necessary, but is under no obligation to do so.

7.12. Failure to provide either additional information requested by the OFT or conclusive reasoning why such information cannot be provided will be considered as a withdrawal of the request for an Opinion.

7.13. In relation to a request for an Opinion in relation to Article 81, Article 82 and/or the prohibitions in the Act, the OFT may share the information submitted to it with the Regulators, the European Commission and other members of the ECN, request comments from these other authorities and discuss the substance of the request with them in any appropriate forum. In relation to a request in relation to the Chapter I and Chapter II prohibitions, the OFT may share information submitted to it with the Regulators, seek input from these other authorities and discuss the substance of the request with them in any appropriate forum.

7.14. An undertaking can withdraw its request at any point although the information supplied with the request will remain with the OFT and can be used in subsequent proceedings under Articles 81 or 82 or the prohibitions in the Act.

7.15. The Opinion, together with the request (or a summary of it), will be published in the public register section on the OFT's website.

7.16. Parties requesting an Opinion should provide confidential information¹⁷ in a separate annexe clearly marked as containing such material and provide a written explanation as to why they consider that the OFT should treat the information as confidential. If the OFT proposes to disclose any of the information which has been set out in such a separate annexe it will, to the extent that it is practicable to do so, consult the person who provided the information.

7.17. Opinions may be given by the OFT to help undertakings make their own informed assessment of their agreements. In these Opinions the OFT will set out its understanding of unresolved questions regarding the application of Articles 81 and 82 and/or the prohibitions in the Act.

¹⁷ For these purposes, information is confidential if it is: «a) commercial information whose disclosure the OFT or a regulator thinks might significantly harm the legitimate business interests of the undertaking to which it relates, or b) information relating to the private affairs of an individual whose disclosure the OFT or a regulator thinks might significantly harm the individual's interests, or c) information whose disclosure the OFT or a regulator thinks is contrary to the public interest». See the Competition Act 1998 (Office of Fair Trading's Rules) Order 2004 (SI 2004/2751) (the OFT's Rules), rule 1(1).

7.18. An Opinion cannot prejudice the assessment of the same question by the European Commission, the European Court, or the CAT. An Opinion from the OFT does not bind other NCAs or courts having the power to apply Articles 81 and 82 or the prohibitions in the Act.

7.19. An Opinion also cannot bind the subsequent assessment of the same or similar issues by the OFT, although the OFT will have regard to its Opinion when carrying out any such assessment.

b) *Informal Advice*

7.20. The OFT offers confidential informal advice to undertakings on the application of Article 81, Article 82 and/or the prohibitions in the Act through contact with OFT officials on an ad hoc basis. Views given by way of informal advice are not binding. Requests for informal advice should be made in the first place by calling the OFT enquiries line at 08457 22 44 99, or emailing enquiries@oft.gsi.gov.uk.

8. CO-OPERATION WITH THE EUROPEAN COMMISSION AND OTHER NCAS

8.1. NCAs and the European Commission will work closely together to ensure the effective and consistent enforcement of Articles 81 and 82. The ECN facilitates close co-operation between NCAs and the European Commission and provides support for the consistent application of EC competition rules.

8.2. The Modernisation Regulation and the Joint Statement of the Council and the European Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities¹⁸ (the Joint Statement) set out the main principles governing the ECN. The details of co-operation within the ECN are set out in the European Commission's *Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities* (the *Network Notice*)¹⁹. The OFT acknowledges the principles set out in the Commission's Notice and will abide by those principles, which include principles relating to the protection of applicants claiming the benefit of a leniency programme, in any case in which it is acting or may act and those principles apply.

8.3. In the United Kingdom, the obligation to inform the European Commission under Article 11(3) of the Modernisation Regulation will arise before or without delay after using the powers of investigation set out in sections 26 to 28A of the Act.

¹⁸ Available from the European Council Register at <http://register.consilium.eu.int> (Document No 15435/02 ADD 1).

¹⁹ OJ C101, 27.04.04, p. 43.

8.4. Where the OFT has taken a first formal investigative measure when investigating under Article 81 or Article 82 and the case is allocated (in whole or in part) to the European Commission or to one or more other NCAs, or is to be shared with one or more other NCAs, the OFT will notify the parties it considers are concerned by the allocation of the case as soon as is reasonably practicable. Once such an allocation has occurred, the rights and obligations of the parties in relation to that case or parts of the case allocated to any other NCA will be determined in accordance with the law that is applicable to the NCA dealing with the case.

8.5. Article 13 of the Modernisation Regulation gives the OFT the power to suspend or terminate proceedings under Article 81 or Article 82 where the same agreement or practice that it is considering is being dealt with by the European Commission or another NCA, and to reject a complaint where the agreement or practice has already been dealt with by the European Commission or another NCA²⁰. This is in addition to the OFT's existing ability to suspend or terminate proceedings or reject a complaint.

9. CONFIDENTIALITY AND DISCLOSURE OF INFORMATION

A. GENERAL

9.1. There are separate provisions under the Modernisation Regulation and under the Enterprise Act as regards confidentiality and the disclosure of information.

B. DISCLOSURE UNDER THE MODERNISATION REGULATION

9.2. As regards disclosure under the Modernisation Regulation, the OFT acknowledges the principles set out in the *Network Notice* and will abide by those principles, which include principles relating to the protection of applicants claiming the benefit of a leniency programme, in any case in which it is acting or may act and those principles apply.

C. CONFIDENTIALITY AND DISCLOSURE UNDER THE ENTERPRISE ACT

9.3. The Enterprise Act sets out the requirements for safeguarding certain information and lays down the requirements that have to be met before certain public authorities, including the OFT and the Regulators, may disclose such information. The provisions in Part 9 of the Enterprise Act apply to information which has been gathered for the purpose of the

²⁰ Article 13 of the Modernisation Regulation.

OFT's and the Regulator's Enterprise Act functions and for the purposes of the OFT's and the Regulators' competition and consumer functions under specified legislation (including the Act).

9.4. The provisions apply where the information obtained relates to the affairs of an individual or any business of an undertaking. There is a general restriction on the disclosure of information during the lifetime of the individual or during the existence of the undertaking, unless that disclosure is permitted by one of the gateways in Part 9 (as explained in paragraph 9.5 below), or the information has been lawfully made public previously or is disclosed by a public authority under powers or duties which exist apart from Part 9 of the Enterprise Act.

9.5. The gateways under Part 9 of the Enterprise Act allow the OFT to disclose information in the following circumstances:

- the disclosure is made with the consent of the individual or undertaking to which the information relates and, if different, the provider of the information (if the provider's identity is known by the OFT and the provider lawfully held the information)²¹,
- the disclosure is required in order to fulfil an EC obligation²²,
- the disclosure is made by the public authority (in this case the OFT or a Regulator) for the purpose of facilitating the exercise of one of its functions under the Enterprise Act or any other enactment²³.

Information that is disclosed to another person in this way, but which is not made available to the public, must not be further disclosed by that person unless the public authority agrees, and the further disclosure is made for the same purpose²⁴,

- the disclosure is made to any other person to facilitate the exercise of certain statutory functions of the recipient. Information disclosed in this way may not be used for any purpose other than that for which it was disclosed²⁵,

- the disclosure is made in connection with the investigation of a criminal offence or bringing of criminal proceedings in any part of the United Kingdom. The disclosing authority must be satisfied that disclosure is proportionate in the circumstances. The recipient may only use the information for the specific purpose for which it was disclosed²⁶, or

- disclosure is made to an overseas authority in accordance with section 243 of the Enterprise Act²⁷.

²¹ Section 239 of the Enterprise Act.

²² Section 240 of the Enterprise Act.

²³ Section 241(1) of the Enterprise Act.

²⁴ Section 241(2) of the Enterprise Act.

²⁵ Section 241(3) and 241(4) of the Enterprise Act.

²⁶ Section 242 of the Enterprise Act.

²⁷ Details of this type of disclosure can be found in the Enterprise Act publication *The overseas disclosure of information* (OFT 507).

9.6. Before making any disclosure of information covered by Part 9, the disclosing authority must consider whether there is a need to exclude any information whose disclosure would be contrary to the public interest and whether there is a need to exclude any information whose disclosure might cause significant harm to the legitimate business interests of an undertaking (for commercial information) or information whose disclosure might significantly harm the interests of an individual (for information relating to that individual's private affairs). If the authority considers that the disclosure might significantly harm legitimate business interests or the interests of an individual, the authority is required to consider the extent to which disclosure of that information is necessary for the purpose for which disclosure is permitted to be made²⁸.

9.7. The disclosure gateways set out in Part 9 of the Enterprise Act do not apply to the power to exchange information with other members of the ECN under the Modernisation Regulation (as this is a power to disclose information which exists apart from Part 9 of the Enterprise Act, as explained in paragraph 9.4). However, the considerations set out in section 244 of the Enterprise Act apply to the exchange of information covered by Part 9 with other members of the ECN under the Modernisation Regulation.

10. ROLE OF THE COURTS

A. APPLICATION OF COMPETITION LAW BY UNITED KINGDOM COURTS

10.1. By virtue of Articles 1 and 6 of the Modernisation Regulation, United Kingdom courts have the power to apply Articles 81 and 82, including Article 81(3). As a result of changes to the Act, the United Kingdom courts also have the power to apply the conditions in section 9(1) of the Act. Further details on Article 81(3) may be found in the Commission's *Notice – Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*²⁹ and in the competition law guideline *Agreements and concerted practices* (OFT 401). The latter also gives further details on the application of section 9(1) of the Act. In the same way in which the OFT is obliged to apply Articles 81 and 82, as outlined in paragraphs 4.1 to 4.4 above, the United Kingdom courts are obliged under the terms of Article 3 of the Modernisation Regulation to apply Articles 81 and 82 as well as national competition law.

10.2. The Modernisation Regulation contains certain provisions in order to achieve consistency in the application of Articles 81 and 82 by the courts across the European Union³⁰.

²⁸ Section 244 of the Enterprise Act.

²⁹ OJ C101, 27.04.2004, p. 97.

³⁰ See, in particular, Articles 3, 15 and 16.

B. NATIONAL COURTS AND THE EUROPEAN COMMISSION

10.3. In any case concerning Article 81 and/or Article 82 before a court in the United Kingdom, and when the coherent application of Article 81 or Article 82 so requires, the European Commission has the right to submit written observations to the court. With the court's permission, the European Commission may also submit oral observations. Further details on the European Commission's interaction with the courts in the framework of the Modernisation Regulation are set out in the European Commission's *Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EU*³¹.

C. NATIONAL COURTS AND THE OFT

10.4. The Modernisation Regulation also allows the OFT, acting on its own initiative, to submit written observations to United Kingdom courts on issues relating to the application of Articles 81 or 82³². With the court's permission, the OFT may also submit oral observations to the court. The OFT has similar powers in cases before the High Court and the Court of Appeal in England and Wales on issues relating to the application of the Chapter I or Chapter II prohibitions. Further details can be found in the competition law guideline *Enforcement (OFT 407)*.

11. TRANSITIONAL ARRANGEMENTS

A. TRANSITIONAL ARRANGEMENTS FOR MODERNISATION

11.1. The following paragraphs set out the transitional arrangements that apply to United Kingdom notifications pending as at 1 May 2004, to individual exemptions granted by the OFT and the European Commission, and to cases ongoing as at 1 May 2004.

B. NOTIFICATIONS

11.2. Prior to 1 May 2004, undertakings were able to notify agreements or conduct to the OFT for a decision or for guidance. The OFT would determine the notification by deciding that, or by giving guidance

³¹ OJ C101 27/04/04, p. 54.

³² Article 15(3) of the Modernisation Regulation.

as to whether it would be likely that, the agreement or conduct was (i) outside the relevant prohibition, or (ii) prohibited, or (iii) in the case of agreements only, exempt. From 1 May 2004, it is no longer possible for the OFT to accept notifications for decision or guidance under the Act.

11.3. Notifications made to the OFT but which did not result in a final decision or guidance by the OFT before 1 May 2004 are treated from that date as requests for informal advice. Any fees paid by an undertaking in accordance with the notification process will be refunded in full.

C. INDIVIDUAL EXEMPTIONS GRANTED

11.4. Individual exemptions granted by the OFT prior to 1 May 2004 were time limited. Each individual exemption will be valid until expiry, although the OFT retains the power to cancel such exemptions. After expiry, individual exemptions will not be renewed.

11.5. An individual exemption decision made by the European Commission prior to 1 May 2004 is binding on the OFT in its application of Article 81 until the expiry date of the individual exemption. The operation of the parallel exemption provisions under the Act will continue to apply.

11.6. The OFT will consider comfort letters issued by the European Commission, but these are not binding on the OFT.

D. EXISTING CASES

11.7. As more fully explained in paragraphs 4.1-4.4 above, as from 1 May 2004 the OFT is required to apply Articles 81 and 82 to agreements within the meaning of Article 81 and abuses prohibited by Article 82 where there may be an effect on trade between Member States³³ and where the OFT is applying national competition law.

E. TRANSITIONAL ARRANGEMENTS APPLYING SINCE ENTRY INTO FORCE OF THE ACT

11.8. Provisions for the transition from competition legislation pre-dating the Act are set out in Schedule 13 to the Act. Some of these transitional arrangements still apply to agreements made prior to the introduction of the Chapter I prohibition.

³³ Article 3 of the Modernisation Regulation.

11.9. There are no transitional periods available in respect of the Chapter II prohibition.

11.10. The Chapter I and Chapter II prohibitions came into force on 1 March 2000 (the starting date). Most agreements made prior to the starting date which complied with pre-existing laws benefit or benefited from periods of transition during which the Chapter I prohibition does not or did not apply (transitional periods). Generally the transitional period was one year commencing on the starting date. However, in some cases, the transitional periods run from the starting date and last for five years.

11.11. The following agreements made before the starting date, benefit from a five year transitional period:

— agreements to the extent to which, immediately before the starting date, they have been found not to be contrary to the public interest by the Restrictive Practices Court³⁴,

— agreements relating to goods which, immediately before the starting date, were exempt under section 14 of the Resale Prices Act 1976 (the Resale Prices Act), to the extent to which they consist of exempt provisions³⁵,

— certain agreements which have been subject to scrutiny under the Financial Services Act 1986 or the Broadcasting Act 1990³⁶, and

— certain agreements in the electricity, gas and railway industries.

11.12. In addition, agreements which, immediately before the starting date, benefited from a section 21(2) Restrictive Trade Practices Act direction were excluded from the Chapter I prohibition for their duration³⁷. This exclusion has now been repealed, although the repeal will not take effect until 1 May 2007. The exclusion, its repeal and the circumstances where its benefit may be lost during the period prior to its repeal are explained further in paragraphs 11.18 to 11.22 below.

11.13. Agreements which benefit from the transitional arrangements in Schedule 13 of the Act or which benefit from the Schedule 3 exclusion relating to agreements benefiting from a section 21(2) Restrictive Trade Practices Act direction are not immune from the application of Articles 81 and 82. Where there is an effect on trade between Member States the OFT may apply Articles 81 and 82 to such agreements.

³⁴ Schedule 13, paragraph 23(1) of the Act.

³⁵ Schedule 13, paragraph 24(1) of the Act.

³⁶ Schedule 13, paragraph 26 of the Act.

³⁷ Schedule 3, paragraph 2 of the Act.

F. THE OPERATION OF THE TRANSITIONAL PERIODS

11.14. Generally, the transitional periods began on the starting date³⁸. There is an exception to this rule for certain agreements relating to the utilities (see paragraph 11.16 below).

11.15. The Chapter I prohibition does not apply to the extent to which a transitional period is available³⁹. Similarly, a number of the transitional periods set out in paragraph 11.11 above apply to the extent to which an agreement meets the relevant criteria. Therefore a particular transitional period may apply only to certain provisions of an agreement rather than its entirety. Where an agreement is only partly covered by a transitional period, the OFT is still able to have regard to the whole agreement in order to assess whether the Chapter I prohibition has been breached⁴⁰.

G. UTILITIES AGREEMENTS

11.16. Schedule 13 provides transitional periods for particular agreements in the electricity, gas and railway industries⁴¹. In summary, the preexisting arrangements under the Restrictive Trade Practices Act were retained for five years from the starting date, in that agreements which were exempt from the application of the Restrictive Trade Practices Act benefit from transitional periods excluding them from the Chapter I prohibition during that period.

11.17. Further details on the transitional arrangements relating to these agreements are set out in the competition law guidelines *The application of the Competition Act in the energy sector* (OFT 428) and *Application to services relating to railways* (OFT 430).

H. SECTION 21(2) OF THE RESTRICTIVE TRADE PRACTICES ACT

11.18. Section 3 and Schedule 3 of the Act provide for an exclusion for agreements which benefited from directions by the Secretary of State under section 21(2) of the Restrictive Trade Practices Act (i. e. directions that the restrictions or information provisions contained in the agreements were not of such significance as to call for investigation by the Restrictive Practices Court). The majority of agreements which were fur-

³⁸ Schedule 13, paragraph 19(1) of the Act.

³⁹ Schedule 13, paragraph 19(2) of the Act.

⁴⁰ Schedule 13, paragraph 1(5) of the Act.

⁴¹ Schedule 13, paragraphs 27-34 of the Act.

nished to the OFT under the Restrictive Trade Practices Act received section 21(2) directions.

11.19. All agreements which, immediately before the starting date, benefited from a direction under section 21(2) were excluded from the Chapter I prohibition for their duration⁴².

11.20. This exclusion has been repealed, although the repeal will not come into effect until 1 May 2007.

11.21. Where particulars of subsequent variations, made prior to the starting date, to an agreement which benefited from section 21(2) directions were duly furnished under the terms of the Restrictive Trade Practices Act, and the Secretary of State did not withdraw the section 21(2) directions, the exclusion covers the agreement as varied.

11.22. The OFT has the power to withdraw the exclusion. In addition, the benefit of this exclusion from the Chapter I prohibition is lost if, after the starting date, there is a material variation to such an agreement⁴³.

I. EXTENSION OF TRANSITIONAL PERIODS

11.23. The OFT is able to extend transitional periods either on application by one of the parties to the agreement or on its own initiative⁴⁴. The OFT may grant a single extension of up to six months in respect of all current transitional periods apart from the period relating to the exclusion in relation to agreements benefiting from a section 21(2) direction.

11.24. Applicants for an extension should apply to the OFT (in the first instance) in writing not less than three months before the end of the transitional period, enclosing the agreement and other relevant information, as required by the OFT's Rules.

11.25. The OFT will not grant extensions as a matter of course. It is likely to grant them only where:

- it appears from the information provided that the agreement may infringe the Chapter I prohibition if it were not for the transitional period, but not seriously infringe it, and
- there are good reasons why an extension is required — for example, the agreement is being re-negotiated, or the agreement is due to expire shortly after the end of the unextended transitional period.

11.26. Agreements involving what would be serious infringements of the Chapter I prohibition (for example, price-fixing or market-sharing)

⁴² Schedule 3, paragraph 2(1) of the Act.

⁴³ Schedule 3, paragraph 2(2) of the Act.

⁴⁴ Schedule 13, paragraph 36 of the Act.

which would be unlikely to satisfy the exemption conditions in section 9(1) of the Act will not be granted an extension.

J. TERMINATION OF TRANSITIONAL PERIODS

11.27. The OFT may require parties to provide information about an agreement subject to a transitional period and may terminate transitional periods early (clawback)⁴⁵. The OFT's Rules set out the procedural requirements for the termination of transitional periods in addition to those in Schedule 13. Failure to provide the information required within the time limit specified in the OFT's Rules without reasonable excuse may in itself result in the OFT giving a direction to terminate the transitional period.

11.28. The OFT is likely to exercise its power of clawback where it is concerned that an agreement may be having an appreciable effect on competition, such that it is appropriate to review the agreement under the Chapter I prohibition immediately rather than waiting for the transitional period to run its course. It will consider carefully complaints from third parties in respect of agreements subject to transitional periods.

11.29. The OFT has equivalent information-gathering and clawback powers in respect of agreements benefiting from a direction under section 21(2) of the Restrictive Trade Practices Act and consequently excluded from the Chapter I prohibition⁴⁶. The OFT's Rules set out the procedural requirements for the exercise of its powers to withdraw this and other exclusions.

⁴⁵ Schedule 13, paragraph 37-39 of the Act.

⁴⁶ Schedule 3, paragraph 2(3)-(9) of the Act.

El trabajo en esta parte del Anuario una vez más se divide en temas monográficos y artículos de revista, tanto españoles como extranjeros. En ningún momento se ha olvidado la selección de citas, salvo aquellas excepciones justificadas por el hecho de que se refieren globalmente al período 2002 a sus monografías publicadas a principios de 2003, o a los trabajos aparecidos en el año 2004 y a las publicaciones 2003 que se citan en el volumen anterior de este Anuario.

SEXTA PARTE

BIBLIOGRAFÍA

Se presenta, en primer lugar, la bibliografía referida a España. A continuación, se presenta la bibliografía referida a los Estados Unidos. Además, como en el año anterior se ha incorporado la bibliografía que ha sido el objeto de «otras referencias» (los trabajos sobre los derechos de la competencia en los Estados Unidos no sólo de los Estados Unidos sino 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 «Bibliografía europea» recopilada por los servicios del r.e.c. — que se puede consultar en la dirección electrónica <http://www.europa.eu.int/rapid/rapidsearch.htm> —, el catálogo informático de las bibliotecas de la Comisión Europea — que se puede consultar en la dirección electrónica <http://www.europa.eu.int/rapid/rapidsearch.htm> —, el catálogo en línea de la Editorial Marcial Pons — que puede consultarse en la dirección electrónica <http://www.marcialpons.com/rapid/rapidsearch.htm> —, y el catálogo bibliográfico de la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América — <http://www.congress.gov> —.

Como en el Anuario de la Competencia de los dos años anteriores, en esta ocasión se incorporan las referencias bibliográficas relativas a la Unión Europea en diversos apartados, para dar a la bibliografía de mayor utilidad. De esta modo, las publicaciones referidas a la Unión Europea pueden encontrarse en los apartados siguientes:

- Índice de la competencia y la economía europea
- Arts. 81 y 82 r.e.c.
- Referencias verticales de la competencia
- Directiva de servicios del Derecho de la competencia
- Contacto con autoridades
- Ayudas públicas
- Compras y contratación pública
- Concursos y comercio público

5. ESPAÑA

Anuario, Anuario-Euro, Índice y Fuentes de datos en una profesión con vocación de la regulación de los servicios verticales. Cuadernos de la Unión Europea y de la competencia en línea, 2004, 199 p. en 11,90 €

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 2004 o son monografías publicadas a principios de 2005, a las publicaciones aparecidas en el año 2004 y a las publicadas en 2003 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» lista 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 los dos años anteriores, se han ordenado las referencias bibliográficas relativas a la Unión Europea en distintos epígrafes, para dotar la bibliografía de mayor utilidad. De este modo, las publicaciones referidas a la Unión Europea quedan ordenadas en los siguientes epígrafes:

- Política de la competencia. Orientaciones generales.
- Arts. 81 y 82 TCE.
- Restricciones verticales de la competencia.
- Órganos de aplicación del Derecho de la competencia.
- Control de concentraciones.
- Ayudas públicas.
- Competencia y regulación sectorial.
- Competencia y servicio público.

1. ESPAÑA

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, 2004, pp. 51-67.

- «Los acuerdos: ¿autorización individual o excepción legal?», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 247-264.
- ALONSO SOTO, Ricardo, «El interés público en la defensa de la competencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 31-46.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, «El proceso de privatización de la calidad y de la seguridad industrial y sus implicaciones desde el punto de vista de la competencia empresarial», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, pp. 341-368.
- ALLENDE-SALAZAR CORCHO, Rafael, «La terminación convencional de los procedimientos sancionadores de la Ley de defensa de la competencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 439-456.
- ARAUJO, Marcos, «El tratamiento confidencial de determinada información», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 471-486.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, *La competencia en sectores regulados*, 2.^a ed., Granada, Comares, 2003, 552 pp.
- (dir.), *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados, 1996-2003*, Granada, Comares, 2004, 280 pp.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, «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», *Anuario de la Competencia 2003*.
- «Alternativas a la solución judicial de los conflictos competenciales en materia de defensa de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2004, pp. 41-93.
- ATIENZA SERNA, Luis, y QUINTO ROMERO, Javier de, *Regulación y competencia en el sector del gas natural en España: balance y propuestas de reforma*, Fundación Alternativas, 2004.
- BEL, Germà, y MIRALLES, Antonio, «La competencia en el sector de los servicios públicos locales en España», *Anuario de la Competencia 2003*.
- BENEYTO PÉREZ, José María (dir.), *Regulación y competencia en telecomunicaciones*, Madrid, Dykinson, 2004, 544 pp.
- *Control de concentraciones empresariales*, Madrid, Dykinson, 2005, 224 pp.
- *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*, vol. 4, Barcelona, Bosch, 2005.
- «Aplicación administrativa del Derecho de la competencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 47-68.
- BERENGUER FUSTER, Luis, *Sistema de defensa de la competencia*, Madrid, Fundación Alternativas, 2004, 32 pp.
- «¿Se debe mantener la exigencia de la afectación al comercio entre los Estados miembros en los arts. 81 y 82 del Tratado?», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 189-208.
- BROKELMANN, Helmut, «Conflictos y soluciones en la aplicación paralela administrativa y judicial», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 89-108.
- CABRILLO, Francisco, «Objetivos de una política de defensa de la competencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 21-30.

- CALLOL GARCÍA, Pedro, y SANTOS LORENZO, Salomé, «El mantenimiento de la libre competencia en el mercado de servicios de ADSL», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 222, 2002, pp. 69-85.
- CANEDO ARRILLAGA, María Pilar, «El nuevo procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia y su incidencia en el sistema español», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, pp. 41-80.
- CANTOS BAQUEDANO, Francisco, «Los abusos de poder de mercado y de la situación de dependencia económica», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 265-284.
- CASES, Lluís, *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons, 2004, 576 pp.
- «Los puntos de conexión en la Ley 1/2002», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 227-245.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y KEPPEPNE, Jean-Paul, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2003», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 231, 2004, pp. 112-142.
- CRESPO FOLGUERA, Jaime, «El concepto de autoridad bien situada y la cooperación en el seno de la red de autoridades de competencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 209-226.
- CREUS CARRERAS, Antonio; URIARTE VALIENTE, Begoña, y AMADOR PEÑATE, Olivia, *Código de Derecho de la competencia*, Navarra, Aranzadi, 2003, 1.353 pp.
- CREUS, Antoni, «La aplicación judicial», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 69-88.
- DE FALCO, Vincenzo, «Il rinvio del controllo sulle concentrazioni all'autorità antitrust nazionale: alcune riflessioni sul caso spagnolo del mercato delle telecomunicazioni», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2004, pp. 358-364.
- DEDEU PASTOR, Roger, «El sistema español de Autoridades y el “Paquete de Modernización” del Derecho de la competencia», *Derecho de los Negocios*, núm. 170, 2004, pp. 25-29.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando, y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margarita, «El poder de compra y las posibles conductas anticompetitivas en la cadena de distribución comercial», *Anuario de la Competencia 2003*.
- *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, prólogo de Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, Civitas, 2003, 416 pp.
- «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las “essential facilities”», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 248, 2003, pp. 555-604.
- ESTÉVEZ MENDOZA, Lucana, *Los puntos de conexión en 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*, Madrid, Fundación Universitaria San Pablo, 2004, 39 pp.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, «El resarcimiento de daños y perjuicios derivado de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 230, 2004, pp. 63-76.
- FABRA UTRAY, Jorge, *¿Liberalización o regulación?: Un mercado para la electricidad*, Madrid, Marcial Pons, 2003, 440 pp.
- FERNÁNDEZ, Cani, «La eficiencia real del Derecho de la competencia: la indemnización de los daños causados», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 171-187.

- FERNÁNDEZ DE ARAOZ, Alejandro, «Funciones de información y dictamen de la autoridad española de defensa de la competencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 379-415.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Transportes y competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre, y la aplicación del Derecho de la competencia*, Civitas, 2004.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda, «Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004, pp. 127-153.
- «El servicio público en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 69-96.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Los juzgados de lo mercantil ante el Derecho comunitario de competencia», *Anuario de la Competencia 2003*.
- «Competencia en España. Medidas cautelares», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 457-470.
- FERNÁNDEZ-ARAGONZILLO, Marisol, «La duración del procedimiento. Caducidad y prescripción», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 417-438.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime, y GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso, «El abuso de posición dominante en mercados conexos: evolución reciente de la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2003*.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, «Viabilidad antitrust de las soluciones concursales de conliberalización de la empresa: socialización concursal del Derecho de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 252, 2004, pp. 463-531.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, y MIRANDA SERRANO, L., *Competencia desleal y antitrust: sistemas de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 176 pp.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, y PINO ABAD, Manuel, *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 552 pp.
- GARAYAR, Emiliano, «Facultades de investigación de la autoridad», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 487-504.
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, *Derecho de la competencia y actividad bancaria: estudio de los acuerdos sobre precios en los sistemas de pago electrónicos*, Las Rozas, La Ley, 2003, 528 pp.
- GARCÍA DÍAZ, Miguel Ángel, «Bienes y servicios públicos en España: una valoración económica de las privatizaciones y los procesos de liberalización», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 97-123.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, «El arbitraje administrativo en el Derecho de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp. 7-17.
- (coord.), *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 654 pp.
- GUAL, Jordi, «Instituciones para la defensa de la competencia en España: organización, medios y eficiencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 367-378.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier, *Libre competencia y Estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 280 pp.
- GUTIÉRREZ, Inmaculada, y ZOIDO, Elena, «Cárteles: análisis y valoración de sus efectos», *Anuario de la Competencia 2003*.

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «La Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», *Actas de Derecho Industrial*, t. XXII, 2001, pp. 1449-1456.
- INSA CIRIZA, Raquel, «¿Luz verde en el caso Safeway?», *Anuario de la Competencia* 2003.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, Juan, y JIMÉNEZ LAIGLESIA, José María, «Controversias sobre el control», *Anuario de la Competencia* 2003.
- «Reforma del sistema de control de concentraciones de empresas», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 327-347.
- JIMÉNEZ LATORRE, Fernando, «La persecución de los cárteles: la política de clemencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 127-154.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, 254 pp.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercado de empresas*, ed. ampliada, Granada, Albolote, Comares, 2003, 519 pp.
- MARCOS, Francisco, «El Derecho de defensa de la competencia en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, 2004, pp. 82-90.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *El Marco Público de la Economía de Mercado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, 416 pp.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y PETITBÒ JUAN, Amadeo (dirs.), *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 528 pp.
- MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano, y TRAMOYERES, Pablo, «¿Son inconstitucionales las normas sancionadoras de la Ley de defensa de la competencia? (reconsideración a la luz de la doctrina de la sentencia 100/2003, del Tribunal Constitucional)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 231, 2004, pp. 97-111.
- «La tipicidad de la infracción y la cuantía de las multas», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 505-523.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, 322 pp.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Compendio de legislación española de defensa de la competencia*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, 148 pp.
- MONTAÑA MORA, Miquel, «El discutido art. 7 de la Ley de defensa de la competencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 285-300.
- MORAL SORIANO, Leonor, «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004, pp. 539-562.
- NAVARRO SUAY, María del Carmen, *Las conductas conscientemente paralelas*, Madrid, Civitas, 2005, 442 pp.
- «Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 232, 2004, pp. 49-63.

- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *Intervención pública, libre competencia y control jurisdiccional en el mercado único europeo*, parte de obra completa, vol. 1, San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial, 2004, 508 pp.
- ORTIZ BLANCO, Luis, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 5, Madrid, Dykinson, 2004.
- *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 6, Madrid, Dykinson, 2005.
- «La autoridad española de defensa de la competencia: ¿autoridad única o dual?», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 349-366.
- PADRÓS REIG, Carlos, «La articulación de la excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 231, 2004, pp. 83-96.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «La nueva política comunitaria europea de control de conductas y su repercusión en España», *Anuario de la Competencia 2003*.
- PADILLA ATILARIO, Jorge, y GUTIÉRREZ, Inmaculada, «Las dificultades de la aplicación judicial del art. 81.3: apuntes para el debate», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 109-125.
- 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. 233, 2004, pp. 87-104.
- «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia: segundo semestre 2003», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 230, 2004, pp. 99-116.
- PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime, «La revisión judicial de las decisiones administrativas», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 155-170.
- PETITBÒ JUAN, Amadeo, «Barreras de entrada y competencia», *Anuario de la Competencia 2003*.
- PORTUGUÉS CARRILLO, Carlos, «Los fondos estructurales europeos y el régimen comunitario de ayudas públicas: el régimen comunitario aplicado en las Comunidades Autónomas españolas», *Noticias de la Unión Europea*, año XX, núm. 233, 2004, pp. 85-99.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, Alfonso, «La arbitrabilidad del Derecho de la competencia: especial referencia a la normativa de la UE», *Union Europea Aranzadi*, año XXXI, núm. 7, 2004, pp. 5-11.
- «El procedimiento de atribución de competencia en la Ley 1/2002 de Coordinación de las competencias del Estado y las CCAA en materia de defensa de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 334, 2004, pp. 46-58.
- ROSSI-MACCANICO, Pierpaolo, «Gli aiuti fiscali spagnoli e baschi all'acciaio: la crisi della dottrina della selettività fiscale geografica», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXVIII, núm. 34, 2004, pp. 5840-5849.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 228 pp.
- SALES PALLARÉS, Lorena, *Los acuerdos entre navieras desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia*, Granada, Comares, 2004, 208 pp.
- SALVADOR ROLDÁN, Rocío, «El Derecho de la competencia como instrumento para facilitar la comercialización de los medicamentos genéricos», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 232, 2004, pp. 85-91.

- 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*, año XXIV, núm. 5.920, 2003, pp. 1-4.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, *Regulación y servicios públicos*, Granada, Comares, 2003, 208 pp.
- SOLANA, Gonzalo, «Pasado, presente y futuro del modelo español de defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2003*.
- SOLER DOMINGO, Amparo, *Concentración y competencia en la industria turística: una perspectiva europea*, Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones = Universitat de València, Servei de Publicacions, 2004.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio, «Límites al poder sancionador de los órganos nacionales de competencia, (el mercado geográfico como coordenada jurídica básica para establecer el importe de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia: ¿es Goliat siempre culpable?)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 252, 2004, pp. 533-568.
- «Uniones temporales de empresas ¿un caso especial en Derecho de la competencia?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 230, 2004, pp. 45-62.
- SORIANO GARCÍA, Eugenio, y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Matilde, «El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 301-326.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, *Derecho de la competencia y ejercicio de las profesiones*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, 253 pp.
- 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.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de Derecho público económico*, Granada, Comares, 2005, 440 pp.

2. UNIÓN EUROPEA

A. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- ABBOTT, Frederick M., «Are the competition rules in the WTO TRIPS agreement adequate?», *Journal of international economic law*, vol. 7, núm. 3, 2004, pp. 687-703.
- ADINOLFI, Giovanna, «Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust fra politica commerciale e politica della concorrenza», *Comunicazioni e studi*, vol. 22, 2004, pp. 413-461.
- AL-DABBAH, Maher M., *The internationalisation of antitrust policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 322 pp.
- ALPA, Guido, «Rules on competition and fair trading», *The forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, 2004, pp. 91-110.
- «La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico», *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, 2004, pp. 43-57.
- AZOULAY, Loïc, «L'ordre concurrentiel et le droit communautaire», *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, 2003, pp. 277-309.
- BARBIST, Johannes, y RUNGG, Ivo, «Reform der EG-Wettbewerbsregeln für den Technologietransfer», *Ecolex*, 15 Jahrg., 2004, Heft 10, pp. 797-799.

- BARFUß, Walter, *Europäischer Binnenmarkt und Wettbewerbsrecht: Auswirkungen auf Österreich: [30 Jahre Niederösterreichische Juristische Gesellschaft]*, Vortrag, gehalten vor der Niederösterreichischen Juristischen Gesellschaft in St. Pölten am 19. november 2003, LexisNexis ARD Orac, 2004, 21 pp.
- BAVASSO, Antonio, «Industrial policy and extraterritoriality in international antitrust: a lesson from Europe», *The antitrust bulletin*, vol. XLVIII, núm. 3, 2003, pp. 657-666.
- BEHRENS, Peter; BRAUN, Ellen, y NOWAK, Carsten, *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch: Forum Wissenschaft und Praxis zum internationalen Wirtschaftsrecht*, Carsten NOWAK (hrsg.), Baden-Baden, Nomos, 2004, 277 pp.
- BELLAMY, Christopher, Sir, «Focusing on the European perspective of judicial dialogue: issues in the area of competition law», *Texas international law journal*, vol. 39, 2004, núm. 3, pp. 461-465.
- BELLIS, Jean-François, «The pharmaceutical industry and EC competition law: a vexed relationship», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2003, pp. 485-498.
- BENEYTO PÉREZ, José María (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*, vol. 4, Barcelona, Bosch, 2005.
- BERLINGUER, Aldo, *Professione forense, impresa e concorrenza: tendenze e itinerari nella circolazione di un modello*, presentazione di Giuseppe TESAURO, Milano, Giuffrè, 2003, 371 pp.
- BERLIT, Wolfgang, *Wettbewerbsrecht: ein Grundriß*, München, Beck, 2004, 258 pp.
- BUCHMANN, Eva, *Positive Comity im internationalen Kartellrecht*, München, Sellier; Frankfurt am Main, Quadis, 2004, 170 pp.
- BURNSIDE, Alec, y CROSSLEY, Helen, «Co-operative mechanisms within the EU: a blueprint for future co-operation at the international level?», *International trade law & regulation*, vol. 10, issue 2, 2004, pp. 25-33.
- CALAMIA, Antonio Marcello, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004, 133 pp.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Derecho europeo de la competencia», *Derecho Privado Europeo*, 2003, pp. 781-823.
- CASES, Lluís, *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons, 2004, 576 pp.
- CASSESE, Sabino, «Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale», *Giornale di diritto amministrativo*, anno IX, núm. 11, 2003, pp. 1132-1134.
- CREUS CARRERAS, Antonio; URIARTE VALIENTE, Begoña, y AMADOR PEÑATE, Olivia, *Código de Derecho de la competencia*, Navarra, Aranzadi, 2003, 1353 pp.
- COOK, Paul, y KIRPATRICH, Colin (eds.), *Leading Issues in Competition, Regulation and Development*, Edward Elgar, 2004.
- D'ALBERTI, Marco, «Libera concorrenza e diritto amministrativo», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fasc. 2, 2004, pp. 347-361.
- D'ATTORRE, Giacomo, «Una "ragionevole" concorrenza: il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto antitrust comunitario», *Giurisprudenza commerciale*, 31, 1, pt. I, 2004, pp. 80-111.
- DE PASQUALE, Patrizia, «Verso una nuova disciplina comunitaria in tema di concorrenza», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 355-362.

- DECOCQ, André, y DECOCQ, Georges, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 2e éd. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, 601 pp.
- DOLDE, Klaus-Peter, y PORSCH, Winfried, «Öffentliche Finanzierung von Infrastrukturanlagen und europäisches Wettbewerbsrecht: dargestellt am Beispiel von Flugplätzen», *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 53 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 3-22.
- DOLSO, Gian Paolo, «Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?», *Giurisprudenza costituzionale*, anno XLIX, fasc. 1, 2004, pp. 265-277.
- EILMANSBERGER, Thomas, «Paradigmenwechsel im europäischen Wettbewerbsrecht», *Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende*, 2004, pp. 311-329.
- «Die Verpflichtung öffentlicher Unternehmen durch die Transparenz-Richtlinie», *Daseinsvorsorge durch öffentliche Unternehmen und das europäische Gemeinschaftsrecht*, 2004, pp. 43-61.
- ESCH, Bastiaan van der, «EC competition rules: basic principles and policy aims», *Competition law*, 2003, pp. 187-197.
- FAELLA, Gianluca, «Incompatibilità tra normativa interna e disciplina antitrust comunitaria: gli incerti equilibri della Corte di giustizia nel caso "Cif"», *Il foro italiano*, anno CXXIX, núm. 6, pt. IV, 2004, col. 325-328.
- FAURÉ, Valérie, *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence des entreprises*, 2003, 677 pp.
- FENUCCI, Tullio, «Ancora una pronuncia in materia di controlli amministrativi sulle imprese pubbliche privatizzate», *Giurisprudenza italiana*, 4, 2004, pp. 702-705.
- FERRARESE, Maria Rosaria, «Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa», *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, 2004, pp. 123-148.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, «Markt oder Wettbewerb oder beides?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», *Internationaler Teil*, 53 Jahrg., 2004, Heft 9, pp. 727-731.
- FONDAZIONE CENTRO INTERNAZIONALE SU DIRITTO SOCIETÀ E ECONOMIA (COURMAYEUR), *Antitrust e globalizzazione: atti del convegno*, Milano, Giuffrè, 2004, 214 pp.
- FRIESS, Bernhard, «Die internationale Zusammenarbeit der EU und der USA: Austausch von Informationen», *Konvergenz der Wettbewerbsrechte*, 2002, pp. 69-76, *fiw-Schriftenreihe*; Heft 188.
- FUCHS, Andreas; SCHWINTOWSKI, Hans-Peter; ZIMMER, Daniel, e IMMENGA, Ulrich, «Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie», *Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum Geburtstag/herausgegeben*, München, Beck, 2004, 789 pp.
- FURSE, Mark, *Competition law of the UK and EC, 4th ed.*, Oxford University Press, 2004.
- GERBER, David J., «Law and the abuse of economic power in Europe», *Competition law*, 2003, pp. 459-509.
- GIAMPIERETTI, Marco, «Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamentali, interpretazioni, applicazioni», *Diritto e società*, núm. 4, 2003, pp. 439-519.
- GIFFORD, Daniel J., y KUDRLE, Robert T., «European Union competition law and policy: how much latitude for convergence with the United States?», *The antitrust bulletin*, vol. XLVIII, núm. 3, 2003, pp. 727-780.

- GIUBBONI, Stefano, «Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?», *Mercato concorrenza regole*, anno VI, núm. 1, 2004, pp. 75-102.
- GOYDER, Dan G., *EC Competition law*, 4th ed., Oxford, Clarendon, 2003, 592 pp.
- GRAHAM, Cosmo, y SMITH, Fiona, *Competition, regulation and the New Economy*, Hart Publishing, 2004.
- GREAVES, Rosa, *Competition law*, Aldershot, Ashgate, Dartmouth, 2003, 627 pp.
- GUIZZI, Giuseppe, «Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori: una relazione ancora da esplorare», *Il foro italiano*, anno CXXIX, núm. 2, pt. I, 2004, col. 479-484.
- GUTIÉRREZ, Inmaculada, y ZOIDO, Elena, «Cárteles: análisis y valoración de sus efectos», *Anuario de la Competencia* 2003.
- HAWK, Barry E. (ed.), y FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE, *EC competition law reform*, Huntington, NY, Juris Publishing, 2003, 577 pp. (Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute).
- HAWK, Barry E., «The American (anti-trust) revolution: lessons for the EEC?», *Competition law*, 2003, pp. 7-41.
- HWANG, Tzong-Leh, y CHEN, Chiyuan, *The Future Development of Competition Framework*, Kluwer Law International, 2004.
- HOLLEY, Donald L., «EEC competition practice: a thirty-year retrospective», *EC competition law reform*, 2003, pp. 129-182.
- HYLTON, Keith N., *Antitrust Law. Economic theory & common law evolution*, Cambridge University Press, 2003.
- ICHIKAWA, Yoshiharu, «The tension between competition policy and State intervention: the EU and US compared», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 555-571.
- JACQUEMIN, Alexis PP., «The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community», *Competition law*, 2003, pp. 131-151.
- JORDANA, Jacint, y LEVI-FAUR, David (eds.), *The Politics of Regulation*, Edward Elgar, 2004.
- KACZOROWSKA, Alina, «The power of a national competition authority to disapply national law incompatible with EC law and its practical consequences», *European competition law review*, vol. 25, issue 9, 2004, pp. 591-599.
- KAMERLING, Alexandra, y OSMAN, Christopher, *Restrictive covenants under common and Competition law*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, 474 pp.
- KLEIT, Andrew N. (ed.), *Antitrust and Competition Policy*, Edward Elgar, 2005.
- KLUIVER, Harm-Jan de, «Inspiring a new European company law?: obliberaliations on the ECJ's ecision in Inspire Art from a Dutch perspective and the imminent competition for corporate charters between EC Member States», *European company and financial law review*, vol. 1, núm. 1, 2004, pp. 121-134.
- KOLASKY, William J., «What is competition?: a comparison of US and European perspectives», *The antitrust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 29-53.
- KORAH, C. Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 8th ed. Oxford, Hart, 2004, 460 pp.
- KWOKA, John E., y WHITE, Lawrence, J., *The Antitrust Revolution*, Oxford University Press, 2004.
- LIBERTINI, Mario, «La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza», *Giornale di diritto amministrativo*, anno IX, núm. 11, 2003, pp. 1135-1138.

- LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford University Press, 2003.
- LUCIONI, Carlo, «L'eccezione fondata sul comportamento dello Stato e la prevalenza delle norme comunitarie sulle norme nazionali nel campo della regolamentazione economica», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2004, pp. 454-460.
- MARCOS, Francisco, «¿Monopolio de las palomitas en los cines? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), 8 de enero de 2003», *Anuario de la Competencia 2003*.
- MCDONNELL, Brett H., y FARBER, Daniel A., «Are efficient antitrust rules always optimal?», *The antitrust bulletin*, vol. XLVIII, núm. 3, 2003, pp. 807-835.
- MENDES, Mário Marques, «State intervention, State action: a US and EC perspective: from Cassis de Dijon to Altmark Trans and beyond: trends in the assessment of State intervention by the European courts», *International antitrust law & policy*, 2003-2004, pp. 495-516.
- MÖSCHEL, Wernhard, «Regulierung und Deregulierung: Versuch einer theoretischen Grundlegung, Wernhard Möschel Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie», *Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 277-290.
- MOTTA, Massimo, *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004.
- NAZZINI, Renato, *Concurrent proceedings in competition law*, Oxford University Press, 2004.
- NEUMANN, Manfred, y Weigand, Jürgen, *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar, 2004.
- NIELS, Gunnar T., y TEN KATE, Adriaan, «Introduction: antitrust in the US and the EU: converging or diverging paths?», *The antitrust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 1-27.
- NILSSON, Mats, «When is transparency good for competition?», *Europarättslig tidskrift*, Årg 7, núm. 2, 2004, pp. 184-198.
- NITSCHKE, Rainer, y THIELERT, Julia, «Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch: europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 250-259.
- ORTIZ BLANCO, Luis, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 5, Madrid, Dykinson, 2004.
- *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 6, Madrid, Dykinson, 2005.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *Intervención pública, libre competencia y control jurisdiccional en el mercado único europeo*, parte de obra completa, vol. 1, San Sebastián, Consejo General del Poder Judicial, 2004, 508 pp.
- PADRÓS REIG, Carlos, «La articulación de la excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 231, 2004, pp. 83-96.
- PETITBÒ JUAN, Amadeo, «Barreras de entrada y competencia», *Anuario de la Competencia 2003*.
- PIACQUADIO, Antonietta, «Tendenze evolutive nella tutela della concorrenza in ambito comunitario», *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, anno V, núm. 15, 2003, pp. 68-84.
- PROSSER, Tony, *The Limits of Competition Law*, Oxford University, 2005.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., «Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte», *Rivista dell'arbitrato*, anno XIV, núm. 1, 2004, pp. 9-22.

- RITTER, Lennart, y BRAUN, W. David, *European competition law: a practitioner's guide*, 3rd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2004, 1226 pp.
- RIZZA BAJARDO, Giulio Cesare, «L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense (causa C-198/01, CIF/Autorità garante)», *Giurisprudenza commerciale*, 31, 1, pt. II, 2004, pp. 6-14.
- ROOK BASILE, Eva, «La sicurezza alimentare ed il principio di libera concorrenza», *Rivista di diritto agrario*, anno LXXXII, fasc. 3, 2003, pp. 308-325.
- ROTH, Wulf-Henning, «Staatliche Wirtschaftsregulierung, Selbstregulierung und EG-Kartellrecht: eine Zwischenbilanz», *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa: Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, 2004, pp. 457-474.
- SAUTER, Herbert, «Die Globalisierung der Wettbewerbsbehörden durch die Erweiterung der Europäischen Union, Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie», *Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 351-361.
- SCHAUB, Alexander, «EC competition law: the millennium approaches», *EC competition law reform*, 2003, pp. 395-412.
- SILVA, Francesco, «Problematiche di diritto antitrust nella fasi di transizione alla concorrenza nei mercati regolamentati», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2003, pp. 201-233.
- SLOT, Pieter Jan, «A view from the mountain: 40 years of developments in EC Competition law», *Common market law review*, vol. 41, núm. 2, 2004, pp. 443-473.
- SMULDERS, B. M. PP., «The Draft Treaty establishing e Constitution for Europe, economic policy and open markets with free competition», *Markt en mededinging*, Jaarg 7, núm. 1, 2004, pp. 12-17.
- SOLER DOMINGO, Amparo, *Concentración y competencia en la industria turística: una perspectiva europea*, Universidad de Valencia, Servicio de Publicaciones = Universitat de València, Servei de Publicacions, 2004.
- SOUTY, François, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, prólogo de Karel Van MIERT, Paris, Montchrestien, 2003, 160 pp.
- STROUX, Sigrid, *US and EC oligopoly control*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 269 pp.
- TEMPLE LANG, John, «National measures restricting competition, and national authorities under Article 10 EC», *European law review*, vol. 29, núm. 3, 2004, pp. 397-406.
- TERHECHTE, Jörg Philipp, «Die Rolle des Wettbewerbsrechts in der europäischen Verfassung», *Europarecht*, Beiheft 3, 2004, pp. 107-126.
- TESAURO, Giuseppe, «Globalizzazione e diritto della concorrenza», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2003, pp. 3-21.
- «Diritto transnazionale antitrust e tutela dei diritti individuali», *Antitrust e globalizzazione*, 2004, pp. 19-30.
- THIRION, Nicolas, «Golden shares, droit des sociétés et marché intérieur», *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, 2003, pp. 225-282.
- TORREMANS, Paul L. C., «Extraterritorial application of EC and US Competition law», *Competition law*, 2003, pp. 201-214.
- UTTON, M. A., *Market Dominance and Antitrust Policy*, 2nd ed., Edward Elgar, 2003.
- VAN BAELE, Ivo, y BELLIS, Jean-François, *Competition Law of the European Community*, 4th ed., Kluwer Law International, 2005.

- VAN DER WOUDE, Marc, y JONES, Christopher, *EC competition law handbook. 2004/2005*, Sweet & Maxwell, 2004.
- VEDDER, Hans H. B., *Competition law and environmental protection in Europe: towards sustainability?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003, 478 pp.
- VOGELAAR, Floris O. W., *The European Competition Rules*, Europa Law Publishing, 2004.
- WAINWRIGHT, Richard, y BOUQUET, André, «State intervention and action in EC Competition law», *International antitrust law & policy*, 2003-2004, pp. 539-579.
- WHISH, Richard, *Competition law*, 5th ed., London, Butterworths, 2003, 989 pp.
- WILLIMSKY, Sonya Margaret, «The concept(s) of competition», *Willimsky Competition law*, 2003, pp. 3-6.
- WINTERSTEIN, Alexander, y SMULDERS, B. M. PP., «The Treaty establishing a Constitution for Europe, economic policy and open markets with free competition: an update», *Markt en mededinging*, Jaarg 7, núm. 6, 2004, pp. 202-204.
- WOUDE, Marc H. van der, y JONES, Christopher, *EC competition law handbook*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, 1153 pp.

B. ARTS. 81 Y 82 TCE

- AHLBORN, Christian; EVANS, David S., y PADILLA, Atilano Jorge, «The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality», *The antitrust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 287-341.
- AINE, Antti; TELIVUO, Irma, y TENHUNEN, Lauri, «The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 131-149.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, 2004, pp. 51-67.
- ALONSO SOTO, Ricardo, «Spain, The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 541-553.
- AMEYE, Evelyne, «The interplay between human rights and competition law in the EU», *European competition law review*, vol. 25, issue 6, 2004, pp. 332-341.
- ANDREANGELI, Arianna, «Courage Ltd v. Crehan and the enforcement of article 81 EC before national courts», *European competition law review*, vol. 25, issue 12, 2004, pp. 758-764.
- ARHEL, Pierre, «Les cartels de la bière: nouvelles applications du système communautaire de la clémence: à propos des décisions de la Commission CE du 5 décembre 2001», *Les petites affiches*, 392^e année, núm. 224, 2003, pp. 5-11.
- ART, Jean-Yves, y MCCURDY, Gregory V. S., «The European Commission's media player remedy in its Microsoft decision: compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure», *European competition law review*, vol. 25, issue 11, 2004, pp. 694-707.
- AZEVEDO, João Pearce de, y WALKER, Mike, «Market dominance: measurement problems and mistakes», *European competition law review*, vol. 24, issue 12, 2003, pp. 640-643.

- BACCARO, Vincenzo M., «Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts», *European competition law review*, vol. 35, issue 1, 2004, pp. 11-24.
- BADINGER, Harald, *Do we really know that the EU's single market programme has fostered competition?: testing for a decrease in markup ratios in EU industries*, Wien, Wirtschaftsuniversität Wien, Europainstitut, 2004, 30 pp.
- BAILEY, David, «Scope of judicial review under article 81 EC», *Common market law review*, vol. 41, núm. 5, 2004, pp. 1327-1360.
- BALLARINO, Tito, y BELLODI, Leonardo, «Contraintes étatiques en matière de concurrence», *Revue du droit de l'Union européenne*, 3, 2003, pp. 555-588.
- BARAKONYI, Zoltán H., y KAJTÁR, Martonyiés, «The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 251-271.
- BARTOSCH, Andreas, «Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark: worin liegt das Neue?», *Revue européenne de droit économique*, 15 Jahrg., 2004, Heft 10, pp. 295-301.
- BASTIANON, Stefano, «Intesa antitrust e "vertical price fixing": il caso "Volkswagen"», *Il foro italiano*, anno CXXIX, núm. 2, 2004, pt. IV, col. 90-93.
- «I segreti del caso "Bayer": ovvero: intesa anticompetitiva e integrazione dei mercati», *Il foro italiano*, anno CXXIX, núm. 9, 2004, pt. IV, col. 421-425.
- BASTIANON, Stefano, «Il caso "IMS": abuso di posizione dominante o legittimo esercizio del diritto d'autore?», *Il foro italiano*, anno CXXIX, núm. 7-8, pt. IV, 2004, col. 361-364.
- BAUER, Günter, «Die neue Durchführungsverordnung zu den art. 81 und 82 EG und der Anpassungsbedarf im österreichischen Kartellrecht», *Ecolex*, 14 Jahrg., 2003, Heft 11, pp. 846-849.
- BECHTOLD, Rainer, «Kartellrechtliche Probleme aus horizontalen und vertikalen Verträgen, insbesondere Auslegungs- und Anwendungsprobleme der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge 2790/1999», *Internationales und europäisches Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, 2004, pp. 165-195.
- BEEUWSAERT, Mieke, «Mededingingsrecht: sancties = Droit de la concurrence: sanctions», *Revue de droit commercial belge*, 2003, pp. 934-938.
- BELLIS, Jean-François, «La détermination des amendes pour infraction au droit communautaire de la concurrence: bilan de cinq années d'application des lignes directrices de 1998», *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, 2003, pp. 373-397.
- BERGMANN, Alfred, «Selektive vertikale Vertriebsbindungssysteme im Lichte der kartell und lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften», *Journal of Competition law*, 2 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 28-50.
- BEUTELMANN, Martin, «Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht», Beutelmann Heidelberg, *Recht und Wirtschaft*, 2004, 269 pp.
- BLAKE, Stephen, y SCHNICHOLS, Dominik, «Leniency following modernisation: safeguarding Europe's leniency programmes», *European competition law review*, vol. 25, issue 12, 2004, pp. 765-770.
- BLESSING, Marc, «Anatomie eines kartellrechtlichen Schiedsverfahrens», *Internationales und europäisches Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, 2004, pp. 255-340.
- BORNKAMM, Joachim, *Die Rolle des Zivilrichters bei der Durchsetzung des Kartellrechts nach der Verordnung Nr. 1/2003 und nach der 7. GWB-Novelle: Referat im Rahmen der Vortragsreihe «Rechtsfragen der europäischen Inte-*

- gration»: Bonn, 12.2003, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2003, 23 pp.
- BRAAKMAN, August J., «The application of the modernised rules implementing arts. 81 and 82 EC Treaty in injunction proceedings: problems and possible solutions», *EC competition law reform*, 2003, pp. 1-19.
- BRANCACCIO, Laura, «Il remailing e le regole della concorrenza: il caso IECC», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 452-459.
- BREI, Gerald, «Die Entscheidung des EUGH in Sachen Roquette Frères: Reichweite der Kontrollbefugnis nationaler Gerichte bei Nachprüfungsentscheidungen der Kommission in Kartellverfahren», *Journal of Competition law*, 2. Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 107-128.
- BRIGHT, Christopher, «Deregulation of EC competition policy: rethinking art. 85(1)», *EC competition law reform*, 2003, pp. 21-43.
- BRUNN, Thomas, *Die EG-Kartellverordnungsverordnung 1/2003 und ihre Auswirkungen auf die Gruppenfreistellungsverordnungen und die Entzugsverfahren der Vertikal-GVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 242 pp.
- BUEREN, Eckart, «Der "new economic approach" der Kommission für horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50. Jahrg., 2004, 5, pp. 567-575.
- BUTTIGIEG EUGENE, Malta, «The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 387-405.
- CAHILL, Dermot; COOKE, John D.; WILS, Wouter P. J., y FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPÉEN, Congrès (21e, 2004, Dublin), *The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union: [XXI] FIDE 2004 national reports*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 736 pp.
- CANEDO ARRILLAGA, María Pilar, «El nuevo procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia y su incidencia en el sistema español», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, pp. 41-80.
- CAPOBIANCO, Antonio, «Information exchange under EC Competition law», *Common market law review*, vol. 41, núm. 5, 2004, pp. 1247-1276.
- CARONNA, Fausto, «Art. 81 as a tool for controlling minority cross-shareholdings between competitors», *European law review*, vol. 29, núm. 4, 2004, pp. 485-500.
- CASSINIS, Paolo, «La sentenza della Corte nel caso del "consorzio industrie fiammiferi" (CIF): prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati», *Il foro amministrativo*, CdS, vol. III, 2, 2004, pp. 291-314.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, «Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados miembros: deberes de los órganos que aplican el Derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas (comentario a la sentencia Consorzio industrie Fiammiferi, de 9 de septiembre de 2003)», *Revista de Derecho comunitario europeo*, año 8, 17, 2004, pp. 161-191.
- CHÉROT, Jean-Yves, «Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?: essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour», *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, 2003, pp. 563-577.
- CLOUGH, Mark, «Collective dominance: the contribution of the Community courts», *A true European*, 2003, pp. 161-186.

- COLANGELO, Giuseppe, «Volkswagen e il concetto di intesa nell'era del dopo Adalat», *Il corriere giuridico*, anno XXI, núm. 9, 2004, pp. 1160-1165.
- COLLINS, Michael M., «The burden and standard of proof in competition litigation and problems of judicial evaluation», *ERA-Forum*, núm. 1, 2004, pp. 66-83.
- COOKE, John D., «General report. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 630-660.
- DALHEIMER, Dorothe, «Die neue Verordnung zur Durchführung der art. 81 und 82 EG-Vertrag: ein Beispiel für neue Konzepte im Recht der Europäischen Union», *Die Europäische Union nach Nizza*, 2003, pp. 177-194.
- DANNECKER, Gerhard, y JANSEN, Oswald, *Competition law sanctioning in the European Union: the EU-law influence on the national law system of sanctions in the European area*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 894 pp.
- «Die Neuregelung der Sanktionierung von Verstößen gegen das EG-Kartellrecht nach der Verordnung (EG), núm. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie», *Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 61-92.
- DE PASQUALE, Patrizia, «Costituisce abuso di posizione dominante l'esercizio esclusivo del collocamento da parte di uffici pubblici?», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 444-447.
- «Diniego di accesso ad informazioni da parte della Commissione e violazione del diritto alla difesa», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 39-42.
- DEKEYSER, Kris, y LAURILA, Maija, «The new era of European antitrust enforcement: the main principles and mechanisms of the new regime for the enforcement of arts. 81 and 82 of the EC Treaty», *Competition law yearbook*, 2, vuosik, 2003-2004, pp. 11-20.
- DI COMITE, Valeria, «La nozione d'impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza», *Giurisprudenza italiana*, 11, 2004, pp. 2028-2034.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando, «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del "monopoly leveraging" a las "essential facilities"», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 248, 2003, pp. 555-604.
- DITTMANN, Kerstin, *Öffnung von Märkten durch kartellrechtlichen Kontrahierungszwang: eine Analyse von Paragr. 20 Abs. 1 GWB und art. 82 EG unter Berücksichtigung der Essential facilities doctrine*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 361 pp.
- DOLMANS, Maurits J. F. M., y GRAF, Thomas, «Analysis of tying under art. 82 EC: the European Commission's Microsoft decision in perspective», *World competition*, vol. 27, núm. 2, 2004, pp. 225-244.
- DOLMANS, Maurits J. F. M., y PILOLA, Anu, «The new technology transfer block exemption: a welcome reform, after all», *World competition*, vol. 27, núm. 3, 2004, pp. 351-363.
- «The proposed new technology transfer block exemption: is Europe really better off than with the current regulation», *World competition*, vol. 26, núm. 4, 2003, pp. 541-565.
- DREHER, Meinrad, «Kartellrechtscompliance: Voraussetzungen und Rechtsfolgen unternehmens- oder verbandsinterner Maßnahmen zur Einhaltung des Kartellrechts», *Journal of Competition law*, 2 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 75-106.

- DURNER, Wolfgang, «Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt: zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts», *Europarecht*, 39 Jahrg., 2004, Heft 4, pp. 547-574.
- EILMANSBERGER, Thomas, «Die Adalat-Entscheidung des EuGH: Maßnahmen von Herstellern zur Steuerung des Verhaltens von Vertriebshändlern als Vereinbarung im Sinne von art. 81 EG», *Journal of Competition law*, 2 Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 285-304.
- FACEY, Brian A., y WARE, Roger, «Predatory pricing in Canada, the United States and Europe: crouching tiger or hidden dragon», *World competition*, vol. 26, núm. 4, 2003, pp. 625-650.
- FATTORI, Piero, «La nuova disciplina delle sanzioni in materia di intese e abusi», *Antitrust between EC law and national law = Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2003, pp. 173-199.
- FICHERT, Frank, y SOHNS, Anne, «Wettbewerbsschutz auf dem Markt für Server-Betriebssysteme: wettbewerbspolitische Anmerkungen zur Microsoft-Entscheidung der EU-Kommission», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 9, pp. 907-917.
- FIENGO, Gaspare, «Il servizio di remailing ed il diritto comunitario della concorrenza», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 437-443.
- «Riserva di legge per operazioni portuali affidate in regime di esclusiva e diritto comunitario della concorrenza», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 427-431.
- FLYNN, Leo, «Remedies in the European courts», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 283-301.
- FONSECA, Margarida Rosado da, «Regulation 1/2003: a new era in EC competition law is now starting», *European law reporter*, núm. 3, 2003, pp. 94-98.
- FORRESTER, Ian S., y NORALL, Christopher, «The laicization of Community law: self-help and the rule of reason: how competition law is and could be applied», *EC competition law reform*, 2003, pp. 45-76.
- «Modernisation of EC Competition law», *EC competition law reform*, 2003, pp. 77-127.
- FORWOOD, Nicholas James, «The content and meaning of article 81(3) EC», *ERA-Forum*, núm. 1, 2004, pp. 27-38.
- FRANZOT, Stefania, «Procedimento amministrativo sanzionatorio e politica comunitaria in materia di concorrenza e cooperazione», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2003, pp. 2039-2043.
- FRIGNANI, Aldo, y ROSSI, Giuseppe, «Exchanges of information among competitors: a comparative survey», *Antitrust between EC law and national law*, 2003, pp. 317-342.
- «Alcuni recenti casi di violazione degli arts. 81 e 82 del Trattato CE», *Il foro padano*, anno 59, núm. 1, pt. II, 2003, col. 1-16.
- GAL, Michal S., «Monopoly pricing as an antitrust offense in the US and the EC: two systems of belief about monopoly?», *The antitrust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 343-384.
- GANZ, Eliane E., *Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht*, Zürich, Schulthess, 2004, 242 pp.
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, «La colaboración entre competidores en el nuevo Derecho de la competencia comunitario», *Actas de Derecho industrial*, t. XXII, 2001, pp. 255-274.

- GARRIDO RUIZ, Fulgencio, «Novedades aportadas por el nuevo Reglamento núm. 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 CE», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 231, 2004, pp. 71-82.
- GEHRING, Stefan, «Der Fall "Microsoft", (COMP/C-3/37792)», *European law reporter*, núm. 6, 2004, pp. 235-242.
- GERBER, David J., «Implementing competition law in Asia: using European and US experience, Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie», *Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 157-171.
- GEY, Peter, *Potentieller Wettbewerb und Marktbeherrschung: eine Untersuchung zum deutschen, europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 321 pp.
- GIANNACCARI, Andrea, «Il caso Microsoft (europeo)», *Mercato concorrenza regole*, anno VI, núm. 2, 2004, pp. 417-425.
- GIUDICI, Giuseppe, *Die Anwendbarkeit der Essential facilities-Doktrin auf die Immaterialgüterrechte: eine rechtsvergleichende Darstellung zur kartellrechtlichen Zugangsproblematik in der US-amerikanischen, europäischen, deutschen und italienischen Rechtsordnung*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 305 pp.
- GLASL, Daniel, «Essential facilities doctrine in EC anti-trust law: a contribution to the current debate», *Competition law*, 2003, pp. 447-455.
- GÓMEZ, Fernando, «EC consumer protection law and EC competition law: how related are they?: a law and economics perspective», *The forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, 2004, pp. 187-208.
- GREAVES, Rosa, «The Herchel Smith lecture 1998: art. 86 of the EC Treaty and intellectual property rights», *Competition law*, 2003, pp. 437-443.
- GRILC, Peter, y PODOBNIK KLEMEN, Slovenia, «The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 517-540.
- GRUBER, Johannes Peter, «Ermittlungsbefugnisse und Sanktionen im neuen Kartellverfahren der EU», *Österreichisches Recht der Wirtschaft*, 22 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 142-144.
- «Das neue Kartellverfahren der Europäischen Union», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 18 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 1-12.
- GRUNDMANN, Stefan, «EC consumer and EC competition law: how related are they?: examining the existing EC contract law sources», *The forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, 2004, pp. 209-222.
- GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio, «Comentarios a la sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorzio 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.
- GUERSENT, Olivier, «The fight against secret horizontal agreement in the EC competition policy», *International antitrust law & policy*, 2004, pp. 43-54.
- GUTIÉRREZ, Inmaculada, «Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, 2004, pp. 91-113.
- HABERKAMM, Katrin, *Intrabrand-Wettbewerb und Missbrauchsaufsicht: Abgrenzung von Märkten und Bestimmung von Marktstärke im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Hamburg, Kovac, 2003, 163 pp.

- HADJIGEORGIU CHRISTIANA, Cyprus, «The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 77-86.
- HAMER, Jens, «Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Rahmen der VO 1/2003», *ERA-Forum*, núm. 1, 2004, pp. 7-26.
- HANH ROSOCHOWICZ, Patricia, «The appropriateness of criminal sanctions in the enforcement of Competition law», *European competition law review*, vol. 25, issue 12, 2004, pp. 752-757.
- HARTE-BAVENDAMM, Henning, «Günstige Winde für den selektiven Vertrieb: Auswirkungen der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen auf die Beurteilung selektiver Vertriebssysteme nach europäischem und deutschem Kartellrecht», *Festschrift für Willi Erdmann*, 2002, pp. 571-594.
- HENRY, David J., «Provimi v. Aventis: the UK to become a “forum shoppers” paradise?», *European current law*, july, 2004, pp. xi-xiv.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «La posición dominante conjunta en el Derecho comunitario de la competencia», *Actas de Derecho industrial*, t. XXI, 2000, pp. 91-106.
- HETZEL, Philipp, *Kronzeugenregelungen im Kartellrecht: Anwendung und Auslegung von Vorschriften über den Erlass oder die Ermäßigung von Geldbußen im Lichte elementarer Rechtsgrundsätze*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 379 pp.
- HOFFMANN, Jochen, «Parallelausfuhren im europäischen Wettbewerbsrecht nach der “Bayer“-Entscheidung des EuGH», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, Heft 8, pp. 994-1004.
- HOSSENFELDER, Silke, «Thesen zu den Folgen der neuen VO 1/2003 für das Bundeskartellamt und das GWB», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch*, 2004, pp. 251-257.
- IDOT, Laurence, «France. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 151-185.
- «Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des arts. 81 et 82 CE: règlement 1/2003 et projets de textes d'application», *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, 2003, pp. 283-371.
- JUNG, Peter, «Deutschland. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 187-217.
- JUNG, Peter, «Die Zwangslizenz als Instrument der Wettbewerbspolitik», *Journal of Competition law*, 2 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 379-411.
- KALLAUGHER, John J., y SHER, Brian, «Rebates revisited: anti-competitive effects and exclusionary abuse under art. 82», *European competition law review*, vol. 25, issue 5, 2004, pp. 263-285.
- KAMANN, Hans-Georg, y BERGMANN, Ellen, «Einseitige Vertriebsbeschränkungen und art. 81 EG-Vertrag: Folgerungen aus dem Bayer-Adalat-Urteil des EuGH und dem Volkswagen-Urteil des EuG», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 15 Jahrg., 2004, Heft 4, pp. 151-155.
- KIRCHHOFF, Wolfgang, «Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des art. 81 EG-Vertrag», *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jahrg. 54, 2004, Heft 7-8, pp. 745-754.
- KOENIG, Christian, «Wider wettbewerbswidrige Quersubventionen in vertikal integrierten Unternehmen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13 Jahrg., 2002, Heft 10, 3.340.1, pp. 289.
- KON, Stephen, «The Commission's white paper on modernisation: the need for procedural harmonisation», *EC competition law reform*, 2003, pp. 229-253.

- KORAH, C. Valentine, «Draft block exemption for technology transfer», *European competition law review*, vol. 25, issue 5, 2004, pp. 247-262.
- KÖRBER, Torsten, «Machtmissbrauch durch Multimedia?: der Fall Microsoft zwischen Produktinnovation und Behinderungsmisbrauch», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 50 Jahrg., 2004, Heft 8, pp. 568-579.
- KRUMSTROH, Tobias, *Das Weißbuch und der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zur Modernisierung der Anwendung der Vorschriften der art. 81 und 82 EG und deren Einfluss auf nationale Wettbewerbsregeln*, Kartellbehörden und Gerichte, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 170 pp.
- KÜHNE, Gunther, «Das Verhältnis zwischen allgemeinem und sektorspezifischem (Sonder-) Kartellrecht beim Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie», *Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 243-259.
- LAMPERT, Thomas (y otros), «EG-KartellVO: Praxiskommentar zur Verordnung (EG) núm. 1/2003», *Recht und Wirtschaft*, Heidelberg, 2004, 403 pp.
- LEJEUNE, Mathias, «Die neue europäische Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen: ein Überblick zu ihrer Bedeutung und Tragweite für die Vertragsgestaltung», *Computer und Recht*, 20 Jahrg., 2004, Heft 6, pp. 467-475.
- LEVINSEN, Kirsten, y FEJØ, Jens, «Denmark. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 101-112.
- LEVY, Nicholas, y O'DONOGHUE, Robert, «The EU leniency programme comes of age», *World competition*, vol. 27, núm. 1, 2004, pp. 75-99.
- LIACE, Gianfranco, «Tutela del marchio, atti di concorrenza sleale e uso del logo e del marchio altrui senza autorizzazione», *Giurisprudenza di merito*, vol. XXXVI, 1, pt. I, 2004, pp. 25-30.
- LIBERTINI, Mario, «Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva», *Libertini Rivista del diritto commerciale*, anno CI, núms. 9-10, pt. I, 2003, pp. 543-584.
- LIND, Robert C., y Muysert, Paul, «The European Commission's draft Technology Transfer Block Exemption Regulation and guidelines: a significant departure from accepted competition policy principles», *European competition law review*, vol. 25, issue 4, 2004, pp. 181-189.
- LINDBLOM, Fredrik, «Sweden. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 555-571.
- LO SURDO, Cristina, «Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità», *Banca, borsa e titoli di credito*, vol. LVII, pt. I, 2004, pp. 175-220.
- LOWE, Philip, «DG competition's review of the policy on abuse of dominance», *International antitrust law & policy*, 2003-2004, pp. 163-173.
- LÜBBIG, Thomas, «Gruppenfreistellungsverordnung im Bereich des Technologietransfers», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 106 Jahrg., 2004, Heft 6, pp. 483-489.
- LUBITZ, Markus, «Die neue Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung», *European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 21, pp. 652-656.
- LUGARD, Paul, y HANCHER, Leigh Honey, «I shrunk the article!: a critical assessment of the Commission's notice on article 81(3) of the EC Treaty», *European competition law review*, vol. 25, issue 7, 2004, pp. 410-420.

- MAGNUSSEN, Mads, «Norway. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 439-459.
- MARQUARDT, Lothar, *Selektiver Vertrieb und Diskriminierung*, Bremen, Salzwasser-Verlag, 2004, 251 pp.
- MARSDEN, Philip B., y SMITH, Charles, «United Kingdom. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 597-629.
- MÄSCH, Gerald, «Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot: “Courage” und die Folgen», *Europarecht*, 38 Jahrg., 2003, Heft 5, pp. 825-846.
- MAUGERI, Maria Rosaria, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2003, 223 pp.
- MAZZILLI, Antonio, «Verso un pieno riconoscimento della tutela giurisdizionale dei terzi contre le pronunce dell’Antitrust», *Il foro amministrativo*, TAR vol. III, 5, 2004, pp. 1434-1446.
- MCELWEE, Donal, «Should the European Commission adopt “Amnesty Plus” in its fight against hard-core cartels?», *European competition law review*, vol. 25, issue 9, 2004, pp. 558-565.
- MEDIN, Laila, «Latvia. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 333-349.
- MEFFRE, Jean-Marie, y LAMY, Thomas, «1er mai 2004: entrée en vigueur du nouveau règlement sur le contrôle des ententes: quelques réflexions du praticien», *Recueil Dalloz*, núm. 18, 2004, chroniques, pp. 1295-1300.
- MENSI, Maurizio, «I rapporti tra l’Autorità nazionale di regolazione e la Commissione europea nel nuovo quadro normativo», *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, 2004, pp. 43-54.
- MENZ, Michael, *Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot: die Stellung des Konzerns im Rahmen des Kartellverbots nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, 450 pp.
- MEYER, Peter, y KUHN, Sascha, «Befugnisse und Grenzen kartellrechtlicher Durchsuchungen nach VO núm. 1/2003 und nationalem Recht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 9, pp. 880-892.
- MIHINA, Maros, «Slovakia. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 503-516.
- MONTAG, Frank, «The case for a reform of regulation 17/62: problems and possible solutions from a practitioner’s point of view», *EC competition law reform*, 2003, pp. 333-359.
- MONTI, Mario, «European competition for the 21st century», *EC competition law reform*, 2003, pp. 361-370.
- «EU competition policy after may 2004», *International antitrust law & policy*, 2003-2004, pp. 403-413.
- MORITZ, Hans-Werner, «Microsoft in Not?: der europäische Rechtsrahmen für Kopplungen und Zwangslizenzen an Interface-Informationen im Lichte der Microsoft- Entscheidung der EU-Kommission», *Computer und Recht*, 20 Jahrg., 5, 2004, pp. 321-326.
- MÜLLER, Felix, «Neue Leitlinien zur Anwendung des art. 81 III EG im Legalnahmehesystem der Kartellverordnung 1/2003», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, Heft 12, pp. 1472-1478.
- MURPHY, Gavin, «CFI signals possible extension of professional privilege to in-house lawyers», *European competition law review*, vol. 25, issue 7, 2004, pp. 447-454.

- NARAYAN-FOURMENT, Hélène, *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix (dans les ventes commerciales et les contrats-cadres)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 2003, 566 pp.
- NAUTA, Dutilh, *Dealing with dominance: the experience of national competition authorities*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 310 pp.
- NAZZINI, Renato, «International arbitration and public enforcement of Competition law», *European competition law review*, vol. 25, issue 3, 2004, pp. 153-162.
- NICODEMO, Massimiliano, y Petrilli, Sara, «Il contratto di distribuzione nella nuova normativa europea», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 2, 2003, pp. 1014-1028.
- NOACK, Britta, *Industrielle Zuliefervertr age und art. 81 EGV: unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung 2790/99 für vertikale Vereinbarungen*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 562 pp.
- NUZZI, Andrea, «The essential facilities doctrine: theoretical framework and practical issues», *New perspectives in competition and regulation*, vol. 1, 2003, pp. 171-243.
- O'DONOGHUE, Robert, «The treatment of loyalty and target rebate practices under art. 82 EC», *Competition law yearbook*, 2, 2004, pp. 187-214.
- ORDIOZOLA AL EN, Miguel, y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, «Los acuerdos de licencia de emplazamiento (*site licenses*) en la Unión Europea: de la prohibición a la autorización», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 334, 2004, p. 59-66.
- PACE, Lorenzo Federico, «La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 1, 2004, pp. 147-197.
- PALMIERI, Alessandro, y BENINCASA, Federico, «Qualcuno piace freddo!: la "r entr ee" degli accordi verticali per la distribuzione dei gelati», *Il foro italiano*, anno CXXIX, núm. 2, pt. III, 2004, col. 112-119.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «La nueva política comunitaria europea de control de conductas y su repercusión en España», *Anuario de la Competencia 2003*.
- PERA, Alberto; CRUELLAS SADA, Eva, y FALCE, Valeria, «Concorrenza, cooperazione e antitrust: il caso delle commissioni interbancarie», *Antitrust between EC law and national law*, 2003, pp. 343-412.
- PERA, Alberto, y FALCE, Valeria, «The modernisation of EC competition law and the role of national competition authorities: revolution or evolution?», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VIII, 2-3, 2003, pp. 433-454.
- PERA, Alberto, y TODINO, Mario, «Enforcement of EC competition rules: need for a reform?», *EC competition law reform*, 2003, pp. 371-394.
- PIJETLOVIC, Katarina, «Reform of EC antitrust enforcement: criticism of the new system is highly exaggerated», *European competition law review*, vol. 25, issue 6, 2004, pp. 356-369.
- POILLOT-PERUZETTO, Sylvaine, «De la coordination verticale à la coordination horizontale, l'exemple du droit de la concurrence et du droit judiciaire», *Mélanges en hommage à Guy Isaac: 50 ans de droit communautaire*, t. 2, 2004, pp. 639-653.
- PRAT, Carles, «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que nos cesa. La doble perspectiva del Derecho marcario y del Derecho antitrust», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n um. 330, 2004, p. 27-44.

- PRETE, Luca, «From Magill to IMS: dominant firms' duty to license competitors», *European business law review*, vol. 15, issue 5, 2004, pp. 1071-1086.
- QUELLMALZ, Jens Holger, «Die Justiziabilität des art. 81 Abs. 3 EG und die nicht-wettbewerblichen Ziele des EG-Vertrages», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, Heft 4, pp. 461-470.
- QUINTÁNS EIRAS, María Rocío, «Las directrices sobre restricciones verticales, complementarias del Reglamento 2790/99», *Actas de Derecho industrial*, t. XXI, 2000, pp. 1297-1317.
- RAUCHS, Pierre, «Luxembourg. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 367-386.
- RAYNARD, Jacques, «Droit de marque et réseau de distribution exclusive devant la Cour de justice: la présomption d'épuisement du droit ou le bonheur retrouvé du distributeur parallèle», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, 48, suppl. núm. 65, 2003, pp. 6-14.
- REHBINDER, Eckard, «2Zum Verhältnis zwischen nationalem und EG-Kartellrecht nach der VO Nr. 1/2003, Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung», *Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 303-318.
- RIDYARD, Derek, «Compulsory access under EC competition law: a new doctrine of "convenient facilities" and the case for price regulation», *European competition law review*, vol. 25, issue 11, 2004, pp. 669-673.
- RIFFAULT-SILK, Jacqueline, «La jurisprudence de l'exception légale française: quel modèle pour l'application des nouvelles règles de droit communautaire?: (conférence donnée à l'occasion d'un colloque sur "La réforme du règlement 17: vers une nouvelle mise en oeuvre des arts. 81 et 82 CE, 2-3 octobre 2003", Paris, Cour de cassation)», *European law reporter*. núm. 1, 2004, pp. 2-18.
- RILEY, Alan J., «Antitrust modernisation: the Commission does very nicely, thank you! Part two, Between the idea and the reality: decentralisation under Regulation 1/2003», *European competition law review*, vol. 24, issue 12, 2003, pp. 657-672.
- RODGER, Barry J., y Middleton, Kirsty G., «Reform of EC competition law enforcement: evolution, revolution, devolution or simply no solution?», *Scottish law and practice quarterly*, vol. 8, núm. 4, 2003, pp. 249-262.
- «The big chill for national courts: reflections on market foreclosure and freezer exclusivity under art. 81», *Irish journal of European law*, vol. 11, núm. 1, 2004, pp. 77-116.
- SALVADOR, Rocío, «El Derecho de la competencia como instrumento para facilitar la comercialización de los medicamentos genéricos», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 332, 2004, pp. 85-91.
- SCHAUB, Alexander, «EC competition system: proposals for reform», *EC competition law reform*, 2003, pp. 413-438.
- «Modernisation of EC competition law: reform of regulation núm. 17», *EC competition law reform*, 2003, pp. 439-459.
- SCHININÀ, Maria, «La nullità delle intese anticoncorrenziali», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LVIII, núm. 2, 2004, pp. 411-446.
- SCHRÖTER, Helmuth R. B., «System der arts. 81 und 82 des EG-Vertrags: Praxis von Kommission und Gerichten», *Internationales und europäisches Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, 2004, pp. 1-116.
- «Das Wettbewerbskonzept des Verfassungsentwurfs», *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, pp. 233-244.

- SCHUERMANS, Luc, y TEERLINCK, Peter, «A new block exemption for the insurance sector», *Euredia*, 1, 2004, pp. 81-109.
- SCHULTZE, Jörg-Martin; PAUTKE, Stephanie, y WAGENER, Dominique, «Die letzte ihrer art: die Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen: Reformentwürfe der Kommission», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 175-187.
- SCHWARZ VAN BERK, Philip, *Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nach europäischem und deutschem Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung der Essential facility-Doktrin im Rahmen von art. 82 EGV und Paragr. 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB*, Berlin, Mensch & Buch-Verlag, 2003, 280 pp.
- SCIAUDONE, Francesco, «Riflessioni su non imposizione e riduzione delle ammende nel diritto comunitario antitrust», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 384-409.
- SCLAFANI, Francesco, «Italy. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 305-331.
- SCUFFI, Massimo, «I riflessi ordinamentali ed organizzativi del Regolamento comunitario núm. 1/2003 sulla concorrenza», *Il corriere giuridico*, anno XXI, núm. 1, 2004, pp. 123-134.
- SHARPE, Thomas, «Predation», *Competition law*, 2003, pp. 511-534.
- SHER, Brian, «The last of the steam-powered trains: modernising art. 82», *European competition law review*, vol. 25, issue 5, 2004, pp. 243-246.
- SINCLAIR, Duncan, «Abuse of dominance at the crossroads: potential effect, object and appreciability under art. 82 EC», *European competition law review*, vol. 25, issue 8, 2004, pp. 491-501.
- SIRAGUSA, Mario, «A critical review of the white paper on the reform of the EC competition law enforcement rules», *EC competition law reform*, 2003, pp. 461-494.
- «Rethinking art. 85: problems and challenges in the design and enforcement of the EC competition rules», *EC competition law reform*, 2003, pp. 495-518.
- SOAMES, Trevor, «An analysis of the principles of concerted practice and collective dominance: a distinction without a difference?», *Competition law*, 2003, pp. 421-436.
- STEHMANN, Oliver, y ZELLHOFER, Georg, «Dominant rail undertakings under European competition policy», *European law journal: review of European law in context*, vol. 10, issue 3, 2004, pp. 327-353.
- STENBORG, Markku, «Are there biases in the market definition procedure?», *Competition law yearbook*, 2 vuosik, 2003-2004, pp. 87-99.
- STUYCK, Jules H. V., y VAN DYCK, Tom, «EC competition rules on vertical restrictions and the realities of a changing retail sector on national contract laws», *The forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, 2004, pp. 131-186.
- SUBIOTTO, Romano, y GRAF, Thomas, «Analysis of the principles applicable to the review of exclusive broadcasting licences under EC Competition law», *World competition*, vol. 26, núm. 4, 2003, pp. 589-608.
- SUBIOTTO, Romano, y O'DONOGHUE, Robert, «Defining the scope of the duty of dominant firms to deal with existing customers under art. 82 EC», *European competition law review*, vol. 24, issue 12, 2003, pp. 683-694.
- TAVASSI, Marina, «Modernising European antitrust rules: application of art. 81.3 of the EC Treaty by national courts», *Antitrust between EC law and national law*, 2003, pp. 23-44.

- TEMPLE LANG, John, «Anticompetitive non-pricing abuses under European and national antitrust law», *International antitrust law & policy*, 2003-2004, pp. 235-340.
- «Mandating access: the principles and the problems in intellectual property and competition policy», *European business law review*, vol. 15, issue 5, 2004, pp. 1087-1113.
- TICHY, Lubos, «Czech Republic. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 87-100.
- TICKLE, Geraldine E., «Horizontal agreements: EC discipline and national issues for criminalisation of anti-trust conduct», *Antitrust between EC law and national law*, 2003, pp. 67-84.
- TOFFOLETTI, Luca, «Modernizzazione del diritto antitrust comunitario e tutela dei singoli», *Antitrust e globalizzazione*, 2004, pp. 127-139.
- TREACY, Pat, y HEIDE, Thomas, «The new EC Technology Transfer Block Exemption Regulation», *European intellectual property review*, vol. 26, issue 9, 2004, pp. 414-420.
- TRÖLLER, Elke, *Kartellrechtliche Probleme von elektronischen B2B-Marktplätzen: eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, britischen und europäischen Rechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 343 pp. (European University studies, Series 2, Law; Bd. 3929).
- UBERTAZZI, Luigi Carlo, «La durata dei procedimenti antitrust», *Giurisprudenza italiana*, 5, 2004, pp. 1106-1110.
- VAN GERVEN, Gerwin, «The application of art. 81 in the new Europe», *International antitrust law & policy*, 2003-2004, pp. 415-438.
- VAN GERVEN, Walter, «European political integration, comparative law and private enforcement of Competition law», *Spontaneous order, organization and the law*, 2003, pp. 393-411.
- VAZ, Isabel, y Gorjão-HENRIQUES DA CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas, «Portugal. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 479-501.
- VERHEYDEN, Alexandre, y MOAL-NUYTS, Carole, «L'utilisation de la méthode comparative par le praticien: l'exemple du droit européen de la concurrence», *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, 2003, pp. 185-204.
- VEROUDEN, Vincent, «Vertical agreements and art. 81(1) EC: the evolving role of economic analysis», *Antitrust law journal*, vol. 71, issue 2, 2003, pp. 525-575.
- VEZZOSO, Simonetta, «On the antitrust remedies to promote retail innovation in the EU car sector», *European competition law review*, vol. 25, issue 4, 2004, pp. 190-201.
- VIENNOIS, Jean-Pierre, «Rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit national: les apports du règlement CE núm. 1/2003 du 16 décembre 2002», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, 48, suppl. núm. 65, 2003.
- VOGEL, Louis, «Zu einigen Schwächen des europäischen Kartellrechts: das Beispiel der neuen Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission für den Kraftfahrzeugsektor, Verordnung (EG) Nr. 1400/2002», *Privatrecht in Europa: Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 273-287.
- VOLLEBREGT, Erik R., «The new technology transfer block exemption: from straitjacket to moving targets», *Computer and telecommunications law review*, vol. 10, issue 6, 2004, pp. 123-129.

- WEITBRECHT, Andreas, «Das verfahrensrechtliche Regime der Verordnung Nr. 1/2003 im Lichte der europäischen Verfassungsreform», *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, pp. 245-250.
- WHISH, Richard, y SUFRIN, Brenda, «Art. 85 and the rule of reason», *Competition law*, 2003, pp. 361-398.
- WILLIS, Peter R., «Competition investigations: a comparison of the powers of the European Commission and the UK authorities», *Competition law sanctioning in the European Union*, 2004, pp. 133-164.
- WILS, Wouter PP. J., «Community report. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 661-736.
- WILS, Wouter PP. J., «The modernisation of the enforcement of arts. 81 and 82 EC: a legal and economic analysis of the Commission's proposal for a new Council regulation replacing regulation núm. 17», *EC competition law reform*, 2003, pp. 519-571.
- «Self-incrimination in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis», *World competition*, vol. 26, núm. 4, 2003, pp. 567-588.
- «The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis», *World competition*, vol. 27, núm. 2, 2004, pp. 201-224.
- WOLF, Dieter, «Comment on the white paper on the reform of EC Competition law», *EC competition law reform*, 2003, pp. 573-577.
- WOOD, David, «Collective management and EU Competition law», *Collective licensing*, 2002, pp. 159-173.
- WURMNEST, Wolfgang, «Private Durchsetzung des EG-Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch*, 2004, pp. 213-249.
- XOUDIS, Julia, «Suisse. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 573-595.
- ZIMMER, Daniel, «Wirtschaftliche Analyse bei art. 81 Abs. 1 EG», *Privat- und Wirtschaftsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, 2004, pp. 35-55.
- «Significant impediment to effective competition: das neue Untersagungskriterium der EU-Fusionskontrollverordnung», *Journal of Competition law*, 2. Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 250-267.
- ZIMMERLICH, Antje, «Der Fall Microsoft: Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, Heft 10, pp. 1260-1272.
- ZINSMEISTER, Ute, «Sanctions in view of the reform of European competition law from a practitioner's experience», *Competition law sanctioning in the European Union*, 2004, pp. 187-210.

C. RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

- JEPHCOTT, Mark, *Horizontal agreements and EU competition law*, Richmond, 2005.
- KAUFMANN, Christian, *Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden: die allgemeine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der Bekanntmachung über den Automobilvertrieb und der Revision des Kartellgesetzes*, Zürich, Schulthess, 2004, 145 pp.

- KIETHE, Kurt, «Schadensersatzansprüche von Franchisenehmern gegen Franchisegeber wegen unerlaubter Preisbindungen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, Heft 8, pp. 1004-1011.
- KJØLBYE, Lars, «The new Commission guidelines on the application of art. 81(3): an economic approach to art. 81», *European competition law review*, vol. 25, issue 9, 2004, pp. 566-577.
- RUIZ-BEATO BRAVO, Jesús, «Las fórmulas “arbitrales” de los reglamentos comunitarios sobre distribución de vehículos de motor», *Derecho de los Negocios*, núm. 165, 2004, pp. 15-22.

D. ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

- ANDREANGELI, Arianna, «Courage Ltd v. Crehan and the enforcement of art. 81 EC before national courts», *European competition law review*, vol. 25, issue 12, 2004, pp. 758-764.
- ARGENTATI, Anna, «L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno IX, núm. 11, 2003, pp. 1199-1206.
- ARHEL, Pierre, «Le droit de la concurrence se dote d'un nouveau maillage: le réseau européen de la concurrence», *Les petites affiches*, 392e année, núm. 260, 2003, pp. 4-11.
- BASEDOW, Jürgen, «Who will protect competition in Europe?: from central enforcement to authority networks and private litigation», *Spontaneous order, organization and the law*, 2003, pp. 15-40.
- BELLAMY, Christopher, Sir, «Focusing on the European perspective of judicial dialogue: issues in the area of Competition law», *Texas international law journal*, vol. 39, núm. 3, 2004, pp. 461-465.
- BERENGUER, Luis, «La Comisión completa el “paquete de modernización”», *Anuario de la Competencia 2003*.
- BERRUTI, Giuseppe Maria, «La nuova cooperazione attiva tra istituzioni comunitarie, antitrust nazionali e giudici nel Regolamento comunitario núm. 1 del 2003», *Il corriere giuridico*, anno XXI, núm. 1, 2004, pp. 115-122.
- BONI, Stefano, «Le inconciliabili definizioni dei principi comunitari sulla ricevibilità dei ricorsi dei terzi in materia di concentrazioni e le possibili ripercussioni sul funzionamento dello European Competition Network», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VIII, 4, 2003, pp. 831-854.
- BORNKAMM, Joachim, *Die Rolle des Zivilrichters bei der Durchsetzung des Kartellrechts nach der Verordnung Nr. 1/2003 und nach der 7. GWB-Novelle: Referat im Rahmen der Vortragsreihe «Rechtsfragen der europäischen Integration»: Bonn, 08.12.2003*, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2003, 23 pp.
- BULST, Friedrich Wenzel, «The Provimi decision of the High Court: beginnings of private antitrust litigation in Europe», *European Business Organization law review*, vol. 4, 4, 2003, pp. 623-650.
- BUTTIGIEG, Eugene, «Malta. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 387-405.
- CAHILL, Dermot; COOKE, John D.; WILS, Wouter P.P. J., y FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPÉEN, CONGRÈS (21e, 2004, Dublin), *The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union*,

- [XXI] *FIDE 2004 national reports*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 736 pp.
- CAHILL, Dermot, «Ireland. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 273-304.
- COOKE, John D., «General report. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 630-660.
- DEDEU PASTOR, Roger, «El sistema español de Autoridades y el “Paquete de Modernización” del Derecho de la competencia», *Derecho de los Negocios*, núm. 170, 2004, p. 25-29.
- DELSAUX, Amandine, «The role of the Commission in enforcing EC public procurement rules», *Public procurement law review*, núm. 3, 2004, pp. 130-152.
- DESSELAS, Stéphane, «Vers des autorités de régulation communautaires indépendantes?: à propos du rapport Stoffaës», *Journal des tribunaux, Droit européen*, núm. 107, 2004, pp. 70-73.
- DUDZIK, Slawomir, y ROSIAK, Przemyslaw Kamil, «Poland. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 461-478.
- DULM, Bernhard, «Subsidiarität und Dezentralität in der europäischen Wettbewerbspolitik», *Zukunftsprobleme der europäischen Wirtschaftsverfassung*, 2004, pp. 261-294.
- Εἰμῑκίϋϔ, Αόϑμϋϔϔ, «Art. 234 EC and national competition authorities in the era of decentralisation», *European law review*, vol. 29, núm. 1, 2004, pp. 106-114.
- EILMANSBERGER, Thomas, y THYRI, Peter, «Austria. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 35-54.
- FAVRET, Jean-Marc, «Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence: le règlement du Conseil núm. 1/ 2003 du 16 décembre 2002», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 4, 2004, pp. 177-185.
- FLYNN, James, «The role of national courts», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 323-335.
- GRILC, Peter, y PODOBNIK, Klemen, «Slovenia. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 517-540.
- GUÉGUEN-HALLOUET, Gaëlle, «Le juge communautaire et l'application des règles de concurrence aux ports maritimes», *Le juge communautaire et la mer*, 2003, pp. 23-38.
- HADJIGEORGIOU, Christiana, «Cyprus. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 77-86.
- HOLMES, Katherine, «Public enforcement or private enforcement?: enforcement of competition law in the EC and UK», *European competition law review*, vol. 35, issue 1, 2004, pp. 25-36.
- HOSSENFELDER, Silke; TÖLLNER, Wilko, y OST, Konrad, *Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung 2003/04*, Köln, RWS-Verlag Kommunikationsforum, 2004, 487 pp.
- HOSSENFELDER, Silke, «Reform of European competition law: changes in the cooperation between competition authorities and the effects of the sanction-

- ning system», *Competition law sanctioning in the European Union*, 2004, pp. 165-175.
- IDOT, Laurence, «France. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 151-185.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, Juan, y JIMÉNEZ LAIGLESIA, José María, «Controversias sobre el control», *Anuario de la Competencia 2003*.
- JONES, Clifford, «Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check», *World competition*, vol. 27, núm. 1, 2004, pp. 13-24.
- JUNG, Peter, «Deutschland. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 187-217.
- LAMANAUSKAS, Tomas, «Lithuania. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 351-366.
- LENAERTS, Koenraad, y GERARD, Damien, «Decentralisation of EC competition law enforcement: judges in the frontline», *World competition*, vol. 27, núm. 3, 2004, pp. 313-349.
- MCCURDY, Gregory V. S., «The impact of modernisation of the EU competition law system on the courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective», *European competition law review*, vol. 25, issue 8, 2004, pp. 509-517.
- MEDIN, Laila, «Latvia. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 333-349.
- MENEGAZZI MUNARI, Francesca, «L'Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato e l'applicazione decentrata della disciplina comunitaria della concorrenza», *Autorità indipendenti e agenzie*, 2003, pp. 389-420.
- MIHINA, Maros, «Slovakia. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 503-516.
- NOURISSAT, Cyril, y WITTERWULGHE, Robert, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, Dalloz, 2004.
- OERS, Monique van, «Fines and the reform of European competition law: the view of a national competition authority», *Competition law sanctioning in the European Union*, 2004, pp. 177-186.
- OLLOKAINEN, Natalja, «Estonia. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 113-130.
- PACE, Lorenzo Federico, «Die Dezentralisierungspolitik im EG-Kartellrecht: sind art. 3 II, 6 der VO 1/2003 rechtmäßig?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 10, pp. 301-305.
- «La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli arts. 81 e 82 TCE», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 1, 2004, pp. 147-197.
- PERA, Alberto, y FALCE, Valeria, «The modernisation of EC competition law and the role of national competition authorities: revolution or evolution?», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VIII, 2-3, 2003, pp. 433-454.
- RADICATI DI BROZOLO, Luca G., «Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte», *Rivista dell'arbitrato*, anno XIV, núm. 1, 2004, pp. 9-22.
- RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, Alfonso, «La arbitrabilidad del Derecho de la competencia: especial referencia a la normativa de la UE», *Union Europea Aranzadi*, año XXXI, núm. 7, 2004, pp. 5-11.

- 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*, año XXIV, núm. 5.920, 2003, pp. 1-4.
- SCHMIDT, Karsten, «“Privatisierung” des Europakartellrechts: Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 12 Jahrg., 2004, Heft 4, pp. 881-886.
- SCLAFANI, Francesco, «Italy. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 305-331.
- SEVÓN, Leif, «The national courts and the uniform application of EC competition rules: preliminary observations on Council Regulation 1/2003», *A true European*, 2003, pp. 145-151.
- TICHY, Lubos, «Czech Republic. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 87-100.
- VAZ, Isabel, y GORJÃO-HENRIQUES DA CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas, «Portugal. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 479-501.
- WAINWRIGHT, Richard, «The relationship between the national judge and the European Commission in applying arts. 81 and 82 of the EC Treaty», *ERA-Forum*, núm. 1, 2004, pp. 84-91.
- WEGNER, Gerhard, *Nationalstaatliche Institutionen im Wettbewerb: wie funktionsfähig ist der Systemwettbewerb?*, Berlin, de Gruyter, 2004, 65 pp.
- WESSELING, Rein, «The Netherlands. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 407-437.
- WOLF, Dieter, «European political integration, comparative law and private enforcement of competition rules», *Spontaneous order, organization and the law*, 2003, pp. 421-424.
- WURMNEST, Wolfgang, «Private Durchsetzung des EG-Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch*, 2004, pp. 213-249.
- XOUDIS, Julia, «Suisse. The modernisation of EU competition law enforcement in the European Union», *FIDE 2004 national reports*, 2004, pp. 573-595.

E. CONTROL DE CONCENTRACIONES

- ALBERS, Michael, y CANENBLEY, Cornelis, «Europäische Fusionskontrolle», *Internationales und europäisches Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, 2004, pp. 421-469.
- ALPA, Guido, «Mergers: remedies and freedom of contract», *FIDE, XX congress*, vol. II, London, 2003, pp. 765-783.
- ATRIPALDI, Virginia, «Il sindacato del giudice comunitario sull'analisi economica della Commissione in tema di operazioni di concentrazioni», *Il Consiglio di Stato*, anno LV, pt. II, núm. 7-8, 2004, pp. 1693-1700.
- BARTH, Uli, *Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle: eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 337 pp.
- BATZU, Chiara, «Concentrazioni miste di imprese, compatibilità con il mercato comune europeo e sfruttamento di posizione dominante», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2003, pp. 2031-2034.

- BENEYTO PÉREZ, José María (dir.), *Control de concentraciones empresariales*, Madrid, Dykinson, 2005, 224 p.
- BERG, Werner, «Die neue EG-Fusionskontrollverordnung: praktische Auswirkungen der Reform», *Betriebs-Berater*, 59 Jahrg., 2004, Heft 11, pp. 561-569.
- BISHOP, Simon, y LOFARO, Andrea, «A legal and economic consensus?: the theory and practice of coordinated effects in EC merger control», *The anti-trust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 195-242.
- BÖGE, Ulf, «Reform der Europäischen Fusionskontrolle», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 138-148.
- «Fusionskontrolle in ehemals monopolistischen Zweigen der kommunalen Wirtschaft», *Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 41-60.
- BONI, Stefano, «Le inconciliabili definizioni dei principi comunitari sulla ricevibilità dei ricorsi dei terzi in materia di concentrazioni e le possibili ripercussioni sul funzionamento dello European Competition Network», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VIII, 4, 2003, pp. 831-854.
- BROBERG, Morten PP., «The concept of control in the Merger Control Regulation», *European competition law review*, vol. 25, issue 12, 2004, pp. 741-751.
- BRUNET, François, y GIRGENSON, Ianis, «La double réforme du contrôle communautaire des concentrations», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 1, 2004, pp. 1-31.
- BURNLEY, Richard, «The EC merger regulation and the meaning of “Community dimension”», *European business law review*, vol. 14, núm. 6, 2003, pp. 815-823.
- CALLOL, Pedro, y PIGNATELLI, Pilar, «Remedios estructurales y revisión judicial en el control de concentraciones», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 10, 2004, p. 265-286.
- CALVIÑO, Nadia, «El Reglamento 193/2004: novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2003*.
- CAPUANO, Valeria, «Posizione dominante collettiva e oneri probatori della Commissione: il caso Airtours», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VIII, 2-3, 2003, pp. 481-496.
- CASSINIS, Paolo, y SABA, Paolo, «La riforma comunitaria sul controllo delle concentrazioni», *Le nuove leggi civili commentate*, anno XXVII, núm. 3, 2004, pp. 405-424.
- CLOUGH, Mark, «Collective dominance: the contribution of the Community courts», *A true European*, 2003, pp. 161-186.
- COLLEY, Liam, «From “defence” to “attack”?: quantifying efficiency arguments in mergers», *European competition law review*, vol. 25, issue 6, 2004, pp. 342-349.
- COPPI, Lorenzo, y WALKER, Mike, «Substantial convergence or parallel paths?: similarities and differences in the economic analysis of horizontal mergers in US and EU Competition law», *The antitrust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 101-152.
- D'AMATO, Giorgio, «Il controllo sulle concentrazioni: questioni processuali e di sostanza», *Rassegna Avvocatura dello Stato*, anno LVI, núm. 1, 2004, pp. 332-337.
- DE FALCO, Vincenzo, «Il rinvio del controllo sulle concentrazioni all'autorità anti-trust nazionale: alcune riflessioni sul caso spagnolo del mercato delle telecomunicazioni», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2004, pp. 358-364.

- DENZEL, Ulrich, *Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA: Marktbeherrschungstest und "significant impediment to effective competition" versus "substantial lessening of competition"*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 327 pp.
- DITBERT, Daniel, «Die Reform des Verfahrens in der neuen EG-Fusionskontrollverordnung», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 148-161.
- ELBERFELD, Walter, «Zum Konzept der kollektiven Marktbeherrschung im Rahmen der europäischen Fusionskontrolle», *Zukunftsprobleme der europäischen Wirtschaftsverfassung*, 2004, pp. 321-348.
- EMCH, Eric R., «"Portofolio effects" in merger analysis: differences between EU and US practice and recommendations for the future», *The antitrust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 55-100.
- FARBMANN, Kyrill, «Die Geschichte der Fusionskontrollverordnung als ein Beispiel der Europäischen Normsetzung», *Europarecht*, 39 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 478-487.
- FONSECA, Margarida Rosado da, «Some reflections on the Merger Review Package», *European law reporter*, núm. 7-8, 2004, pp. 282-291.
- GARTEN, Gregor Nikolaus, *Die failing company defense im europäischen Recht: eine Untersuchung zur Berücksichtigung von Sanierungsgesichtspunkten in der europäischen Fusionskontrolle*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 278 pp.
- GASSNER, Ulrich M., y BRAUN, Michael, «Die Failing company defense in der deutschen, europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrolle», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 50 Jahrg., 2004, Heft 12, pp. 891-898.
- GERARD, Damien, «Merger control policy: how to give meaningful consideration to efficiency claims?», *Common market law review*, vol. 40, núm. 6, 2003, pp. 1367-1412.
- GERBER, David J., «Courts as economic experts in European merger law», *International antitrust law & policy*, 2003-2004, pp. 475-494.
- GHEZZI, Federico, «La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust», *Rivista delle società*, anno 48, fasc. 5, 2003, pp. 1098-1140.
- «Disciplina delle concentrazioni e promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust», *Antitrust e globalizzazione*, 2004, pp. 91-125.
- GIANNACCARI, Andrea, «Il caso Stream-Telepiù», *Mercato concorrenza regole*, anno V, núm. 3, 2003, pp. 557-561.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique, «The reform of European merger control: quid novi sud sole?», *World competition*, vol. 27, núm. 2, 2004, pp. 177-199.
- GRÄFER, Jens, *Die Erfassung von Minderheitsbeteiligungen durch das europäische Wettbewerbsrecht: unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenschlussbegriffs in der Fusionskontrollverordnung*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 218 pp.
- HAMER, Jens, «Der Umfang gerichtlicher Überprüfung von EG-Fusionskontrollentscheidungen», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 15 Jahrg., 2004, Heft 5, pp. 217-220.
- HAUPT, Heiko, *Kollektive Marktbeherrschung in der europäischen Mißbrauchs- und Fusionskontrolle*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 221 pp.
- HEIDENREICH, Jan Peter, *Anhörungsrechte im EG-Kartell- und Fusionskontrollverfahren: zugleich ein Beitrag zu Aufgaben und Kompetenzen des Anhörungsbeauftragten der Europäischen Kommission*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 336 pp.

- HEIMLER, Alberto, «The Green paper on the review of Council regulation 4064/89: some comments and evaluations», *Antitrust between EC law and national law*, 2003, pp. 235-250.
- «Per le fusioni non servono nuovi test : basta la posizione dominante», *Mercato concorrenza regole*, anno V, núm. 3, 2003, pp. 563-577.
- HELLMANN, Hans-Joachim, «Die neuen Anmeldevorschriften der Fusionskontrollverordnung und ihre Bedeutung für Unternehmenszusammenschlüsse», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 25 Jahrg., 2004, Heft 30, pp. 1387-1391.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «La posición dominante conjunta en el Derecho comunitario de la competencia», *Actas de Derecho industrial*, t. XXI, 2000, pp. 91-106.
- HINTEN-REED, Nils von, «The European Commission's merger guidelines: an economic perspective», *Competition law yearbook*, 2 year, 2004, pp. 101-112.
- HÜSKEN, Christian B., *Multilaterales Dach» für Fusionskontrolle?: völkerrechtliche, verfassungsrechtliche und verfahrensrechtliche Aspekte einer rechtlichen Rahmenordnung der Zusammenschlusskontrolle transnationaler Unternehmungen auf internationaler Ebene (ausgehend von der Praxis der Zusammenschlusskontrolle durch die EU und die USA)*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 222 pp.
- KAUFMANN, Sebastian, *Parol evidence rule and merger clauses im internationalen Einheitsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 357 pp.
- KEKELEKIS, Michael, «The “statement of objections” as an inherent part of the right to be heard in EC merger proceedings: issues of concern», *European competition law review*, vol. 25, issue 8, 2004, pp. 518-527.
- KILJANSKI, Kamil, «“Pass-on” in merger efficiency defence», *World competition*, vol. 26, núm. 4, 2003, pp. 651-684.
- KNAUSS, Pamela, *Die räumliche Marktabgrenzung in der Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im deutschen und europäischen Recht*, Tübingen, Medien-Verlag Köhler, 2003, 241 pp.
- KOFLER-SENONER, Bernhard, «Die neue europäische Fusionskontrollverordnung», *Senoner Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 18 Jahrg., 2004, Heft 6, pp. 266-273.
- LIEBSCHER, Christoph, «Drafting arbitration clauses for EC merger control», *Journal of international arbitration*, vol. 21, núm. 1, 2004, pp. 67-81.
- LINDSAY, Alistair; LECCHI, Emanuela, y WILLIAMS, Geoffrey, «Econometrics study into European Commission merger decisions since 2000», *European competition law review*, vol. 24, issue 12, 2003, pp. 673-682.
- LINDSAY, Alistair, *The EC merger regulation: substantive issues*, London, Sweet & Maxwell, 2003, 511 pp.
- LÜSCHER, Christoph, «Efficiency considerations in European merger control: just another, battle ground for the European Commission, economists and competition lawyers?», *European competition law review*, vol. 25, issue 2, 2004, pp. 72-86.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «El nuevo reglamento comunitario sobre el control de concentraciones», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, 2004, pp. 3-13.
- MENDES DE LEON, Pablo M. J., «A new phase in alliance building: the Air France/KLM venture as a case study», *Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht*, 53 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 359-385.
- MEROLA, Massimo, y ARMATI, Leonardo, «La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti di procedura», *Il diritto dell'Unione europea*, anno IX, 1, 2004, pp. 137-181.

- MEYER, Ingrid, *Die extraterritoriale Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 222 pp.
- NOBEL, Peter, «Das neue Fusionsgesetz und die grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung in der EU: rechtsvergleichende Bemerkungen», *Swiss review of business law*, 76 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 162-168.
- NOËL, Pierre-Emmanuel, «Efficiency considerations in the assessment of horizontal mergers under European and US antitrust law», *Competition law*, 2003, pp. 537-558.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «Nueva política europea de control de concentraciones: el Reglamento (CE) 139/2004», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 231, 2004, pp. 57-70.
- Pozzi, Dario, «Market dominance and substantial lessening of competition: a framework for merger control», *New perspectives in competition and regulation*, vol. 1, 2003, pp. 1-107.
- RABASSA, Valérie, «Joint ventures as a mechanism that may favour co-ordination: an analysis of the aluminium and music mergers», *European competition law review*, vol. 25, issue 12, 2004, pp. 771-779.
- RICHTER, Julia, *Gatekeeper Positionen in der europäischen Fusionskontrolle: Marktabschlussgefahren bei Zusammenschlüssen im Informations- und Kommunikationssektor*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 256 pp.
- ROBERT, Gavin, y HUDSON, Charles, «Past co-ordination and the Commission notice on the appraisal of horizontal mergers», *European competition law review*, vol. 25, issue 3, 2004, pp. 163-168.
- ROSENFELD, Andreas, y WOLFSGRUBER, Maria, «Die Entscheidungen BaByliss und Philips des EuG zur europäischen Fusionskontrolle», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14 Jahrg., 2003, Heft 24, pp. 743-747.
- ROSENTHAL, Michael, «Neuordnung der Zuständigkeiten und des Verfahrens in der Europäischen Fusionskontrolle», *European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 11, pp. 327-332.
- SALLER, Michael, *Europäische und deutsche Fusionskontrolle beim Pay-TV: unter besonderer Berücksichtigung von Zusagen*, 6 Bern, Stämpfli, 2004, 219 pp.
- SANDEN, Joachim, «Die europäische Fusionskontrolle im liberalisierten Energiemarkt», *European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 20, pp. 620-624.
- SCHMIDT, Hans Martin, «Permanent establishment and Merger Directive», *Permanent establishments in international tax law*, 2003, pp. 501-524.
- SCHROEDER, Dirk, «Abhilfemaßnahmen in der europäischen und deutschen Fusionskontrolle», *Schwerpunkte des Kartellrechts 2002-2003*, pp. 83-103.
- «Schnittstellen der Kooperations- und Oligopolanalyse im Fusionskontrollrecht: Gedanken zur Anwendung von art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 9, pp. 893-906.
- SCHWALBE, Ulrich, «Die Airtours/First Choice Entscheidung: ökonomische Grundlagen und wettbewerbspolitische Konsequenzen», *Schwerpunkte des Kartellrechts 2002-2003*, pp. 17-32.
- SELVAM, Vijay S. V., «The EC merger control impasse: is there a solution to this predicament?», *European competition law review*, vol. 35, issue 1, 2004, pp. 52-67.
- STAEBE, Erik, y DENZEL, Ulrich, «Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004)», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 15 Jahrg., 2004, Heft 5, pp. 194-201.

- STAEBE, Erik, «“Unzulässige Verhaltensaufgaben” zu fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidungen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, 1, pp. 66-72.
- STEENBERGEN, Jacques D. M., «Schneider/Legrand: early conclusions for merger control and its review by the European Court of First Instance», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch*, 2004, pp. 271-275.
- ULSHÖFER, Matthias, «Der Einzug des Herfindahl-Hirschman Index (HHI) in die europäische Fusionskontrolle», *Journal of Competition law*, 2 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 50-74.
- VELJANOVSKI, Cento, «EC merger policy after GE/Honeywell and Airtours», *The antitrust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 153-193.
- VEROUDEN, Vincent; BENGTSOON, Claes, y ALBAEK, Svend, «The draft EU notice on horizontal mergers: a further step toward convergence», *The antitrust bulletin*, vol. XLIX, núm. 1-2, 2004, pp. 243-285.
- VESTERDORF, Bo, «Certain reflections on recent judgments reviewing Commission merger control decisions», *A true European*, 2003, pp. 117-144.
- VICKERS, John, «Merger policy in Europe: retrospect and prospect», *European competition law review*, vol. 25, issue 7, 2004, pp. 455-463.
- VÖLCKER, Sven B., «Mind the gap: unilateral effects analysis arrives in EC merger control», *European competition law review*, vol. 25, issue 7, 2004, pp. 395-409.
- WATSON, Philippa, «Portofolio effects in EC merger law», *The antitrust bulletin*, vol. XLVIII, núm. 3, 2003, pp. 781-805.
- WHELAN, Anthony, «Merger control reform: the draft regulation recasting Regulation (EEC) núm. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch*, 2004, pp. 261-269.
- WHISH, Richard, «Reform of the EC merger regulation», *Competition law yearbook*, 2 year, 2003-2004, pp. 33-44.
- WOUTERS, Jan, «Belgium: cross-border mergers and takeovers in company law and competition law: removing the final barriers», *FIDE, XX congress*, London, vol. II, 2003, pp. 113-172.
- «Cross border mergers in company law and competition law: removing the final barriers: general report», *FIDE, XX congress*, London, vol. II, 2003, pp. 493-584.
- ZAMPA, Gian Luca, «The role of efficiency under the EU merger regulation», *European Business Organization law review*, vol. 4, 4, 2003, pp. 573-622.

F. AYUDAS PÚBLICAS

- ABEYRATNE, Ruwantissa, «The decision in the Ryanair case: the low cost carrier phenomenon», *European transport law*, vol. XXXIX, 2004, núm. 5, pp. 585-601.
- ADAMANTOPOULOS, Konstantinos, «State aid and public undertakings with specific reference to the airline sector», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 219-230.
- AHLBORN, Christian, y BERG, Claudia, «Can State aid control learn from anti-trust?: the need for a greater role for competition analysis under the State aid rules», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 41-65.

- ALTIERI, Enrico, «Competenze del giudice nazionale in materia di aiuti di Stato nel settore fiscale e considerazioni conclusive», *Rassegna tributaria*, anno XLVI, 6-bis, 2003, pp. 2339-2359.
- ANESTIS, Paris; MAVROGHEINIS, Stephen, y DRAKAKAKIS, Stamatis, «Rescue and restructuring aid: a brief assessment of the principal provisions of the guidelines», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 1, 2004, pp. 27-34.
- ANTONUCCI, Marco, «Gli aiuti di Stato ed il ruolo della Commissione e del Consiglio delle Comunità europee», *Il Consiglio di Stato*, anno LV, núm. 5-6, 2004, pt. II, pp. 1229-1234.
- ARHOLD, Christoph, «The case-law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State aids in 2003-2004», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 2, 2004, pp. 167-203.
- ASALINI, Dario, «Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato», *Il foro amministrativo*, CdS, vol. II, 10, 2003, pp. 2733-2750.
- BACON, Kelyn, «State aids in the English courts: definition and other problems», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 337-356.
- BARTOSCH, Andreas, «5 Jahre Verfahrensordnung in Beihilfesachen: eine Zwischenbilanz», *European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 43-49.
- BIEDLINGMEIER, Erika, *Beschäftigungsförderung in Deutschland und das europäische Beihilfeverbot*, Hamburg, Kovac, 2004, 215 pp.
- BIONDI, Andrea, y EECKHOUT, Piet, «State aid and obstacles to trade», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 103-116.
- BIZIOLI, Gianluigi, «Prevalenza e diretta efficacia delle decisioni in tema di aiuti di Stato nell'ordinamento tributario interno fra questioni nuove (art. 117, comma 1, cost.) e questioni teoriche ancora irrisolte (la rilevanza della riserva in materia di prestazioni patrimoniali imposte ex art. 23 cost.)», *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, anno LXIII, núm. 1, pt. II, 2004, pp. 16-36.
- BLECKMANN, Albert, «Zur Auflage im europäischen Beihilferecht», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 11-16.
- BLUME, Stefan, *Staatliche Beihilfen in der EG: die Rechtsschutzmöglichkeiten des Wettbewerbers vor deutschen Gerichten bei Verletzung des art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG*, Hamburg, Kovac, 2004, 205 pp.
- BOESHERTZ, Daniel, «Community State aid policy and energy taxation», *EC tax review*, vol. 12, issue 4, 2003, pp. 214-219.
- BOETTICHER, Arne von, *Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 156 pp.
- BOVIS, Christopher, «Financing services of general interest, public procurement and State aid: the delineation between market forces and protection», *The Columbia journal of European law*, vol. 10, núm. 3, 2004, pp. 419-443.
- BRANCACCIO, Laura, «Il controllo degli aiuti di Stato in forma fiscale», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 494-500.
- BREITENMOSER, Stephan, y SEITZ, Claudia, «Das Beihilferecht im Luftverkehrsbereich», *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen*, 2003-2004, pp. 197-214.
- BUZZACCHI, Camilla, «Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario», *Giurisprudenza costituzionale*, anno XLIX, fasc. 1, 2004, pp. 277-291.

- CAPUTI, Giovanni, «Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria: ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 3-4, 2004, pp. 823-877.
- CARUSO, Francesco, «Sulla competenza del giudice nazionale a valutare la compatibilità comunitaria di aiuti regionali», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 481-484.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y KEPPELNE, Jean Paul, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2003», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 231, 2004, pp. 112-142.
- COLANGELO, Giuseppe, «Il caso Charleroi», *Mercato concorrenza regole*, anno VI, núm. 2, 2004, pp. 413-416.
- CORIGLIANO, Fabio, «Aiuti di Stato vs. servizi di interesse generale: ancora una sentenza sull'inevitabile conflitto», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2004, pp. 901-904.
- CREMER, Wolfram, «Öffentliche Aufträge als Beihilfe im Sinne von art. 87 Abs. 1 EG: insbesondere zur Berücksichtigung vergabefremder Kriterien als Beihilfeelement», *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch*, 2004, pp. 143-164.
- D'AGOSTINO, Daniela, «Aiuti di Stato: ultime pronunce della Commissione europea», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXVIII, núm. 42, 2004, pp. 7163-7165.
- D'ATTORRE, Giacomo, «La procedura di ristrutturazione industriale delle grandi imprese in Stato di insolvenza e il divieto di aiuti di Stato», *Diritto del commercio internazionale*, 18.1, 2004, pp. 69-100.
- DE BELLIS, Gianni, «Aiuti di stato mediante misure fiscali: l'esperienza italiana», *Rassegna avvocatura dello Stato*, anno LV, núm. 4, 2003, pp. 417-428.
- DI BUCCI, Vittorio, «Aiuti di Stato e misure fiscali nella recente prassi della Commissione CE e nella giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie», *Rassegna tributaria*, anno XLVI, 6-bis, 2003, pp. 2315-2337.
- DOERN, Alik, «The interaction between EC rules on public procurement and State aid», *Public procurement law review*, núm. 3, 2004, pp. 97-129.
- ΕΛΛΗΝΑΕΥΡΩΠΑΪΚΟ, ΑΔΟΞΕΛΕΪΔ Ο., «Le concept d'aide "brute": le financement des services d'intérêt général par des fonds publics: quelques réflexions sur l'arrêt Altmark rendu par la CJCE», *Journal des tribunaux, Droit européen*, núm. 105, 2004, pp. 6-9.
- EATON, Sinéad, «The Commission's decision on Ryanair's arrangements at Charleroi airport», *Commercial law practitioner*, vol. 11, núm. 5, 2004, pp. 111-114.
- EECKHOUT, Piet; FLYNN, James, y BIONDI, Andrea, *The law of State aid in the European Union*, London, Oxford University Press, 2004, 389 pp.
- EILMANSBERGER, Thomas, «Neues zur beihilfenrechtlichen Beurteilung von Quersubventionen: das Chronopost-Urteil des EUGH», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 18 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 101-110.
- «Überlegungen zum Zusammenspiel von Vergaberecht und Beihilferecht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 4, pp. 384-392.
- EVANS, Andrew C., «EU law and its frameworks: State aid control and the CECS», *European business law review*, vol. 15, issue 5, 2004, pp. 1165-1187.
- FACENNA, Gerry, «State aid and environmental protection», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 245-264.

- FANTOZZI, Augusto, «The applicability of State aid rules to tax competition measures: a process of “de facto” harmonization in the tax field?», *Tax competition in Europe* 2003, pp. 121-132.
- FEHR, Hans-Peter, «Die neuen Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 25 Jahrg., 2004, Heft 45, pp. 2123-2131.
- FERRANTE, Vincenzo, «Ancora sugli aiuti di Stato: sono leciti i contratti di solidarietà “difensivi”?», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, anno XXII, 4, pt. II, 2003, pp. 709-713.
- FORNALCZYK, Anna, «State aid regulation in candidate countries: the case of Poland», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 133-147.
- FOUQUET, Thierry, «Les facteurs influençant l’acceptation des aides d’État aux entreprises en difficulté», *European review of public law*, vol. 14, núm. 3, 2002, pp. 1307-1337.
- FRATINI, Alessandra, y FILPO, Fabio, «I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost», *Contratto e impresa. Europa*, anno VIII, núm. 2, 2003, pp. 1183-1219.
- FRIEND, Mark, «State guarantees as State aid: some practical difficulties», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 231-244.
- GALLO, Franco, «L’inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell’ordinamento fiscale interno», *Rassegna tributaria*, anno XLVI, 6-bis, 2003, pp. 2271-2298.
- GEISLER, Markus, y SCHMIDT, Jens Peter, «State aid issues in the air transportation sector: the Charleroi/Ryanair decision of the European Commission», *Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht*, 53 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 347-358.
- GENTILE, Antonino, y CAGGEGI, Laura, «Regime europeo degli aiuti di Stato, aiuti de minimis e crediti d’imposta», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXVII, núm. 43, 2003, pp. 6763-6772.
- GENTILE, Giuseppe, «L’economia sommersa nel contesto comunitario: incentivi all’emersione e tutela della concorrenza», *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, núm. 1, 2004, pp. 131-181.
- GERMANÒ, Alberto, y ALBISINNI, Ferdinando, «Aiuti di Stato e governo regionale dell’agricoltura: un nuovo modello», *Rivista di diritto agrario*, anno LXXXII, fasc. 2, 2003, pt. I, pp. 215-251.
- GEUTING, Marcus, y MICHELS, Stephan, «Kapitalersatzrecht versus EU-Beihilferecht: ein auflösbarer Widerspruch», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 25 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 12-18.
- GROETEKE, Friedrich, y HEINE, Klaus, «“Institutional rigidities” and European State aid control», *European competition law review*, vol. 25, issue 6, 2004, pp. 322-331.
- GROSS, Ivo, *Das europäische Beihilferecht im Wandel: Probleme, Reformen und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 270 pp.
- GUTIERREZ GISBERT, Juan, «La jurisprudencia comunitaria abre una nueva vía de recuperación de tributos, tasa y cotizaciones en aplicación de la disciplina de las ayudas estatales: análisis y cuestiones planteadas», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 334, 2004, pp. 67-73.
- GUZZI, Salvatore, «Obbligo di notifica in caso di rinnovo di aiuti esistenti», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell’Unione europea*, 2003, pp. 490-493.

- HANSEN, Marc; VAN YSENDYCK, Anne, y ZÜHLKE, Susanne, «The coming of age of EC State aid law: a review of the principal developments in 2002 and 2003», *European competition law review*, vol. 25, issue 4, 2004, pp. 202-233.
- HASLINGER, Stephanie, «Beihilfe- und steuerrechtliche Vorschriften als wertbezogene Vorschriften im Sinne des Paragr. 1 UWG?», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 58-62.
- HERNÁNDEZ GUERRERO, V., «Aplicación de las normas sobre ayudas del Estado a regímenes tributarios: reflexiones al hilo de los casos gibraltareños», *Revista de Derecho comunitario europeo*, año 8, 2004, 19, pp. 869-903.
- HERRMANN, Christoph W., «Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 7 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 415-445.
- INGROSSO, Manlio, «Agevolazioni tributarie per i Giochi del Mediterraneo ed aiuti di Stato: il caso Almeria 2005», *Rassegna tributaria*, anno XLVII, 5, 2004, pp. 1761-1788.
- JAEGER, Thomas, «Nachträgliche Beihilfengenehmigung und der Rechtsschutz von Konkurrenten vor nationalen Gerichten: zugleich Anmerkung zum EUGH-Urteil "van Calster"», *European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 78-80.
- JANSSEN, Helmut, «EG-Beihilfenrecht nach der Osterweiterung: wann müssen Unternehmen mit Rückforderungen rechnen?», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 15 Jahrg., 2004, Heft 8, pp. 343-347.
- JAROS, Krzysztof, y RITTER, Nicolai, «Pleading legitimate expectations in the procedure for the recovery of State aid: what are the recent developments in case law and the Commission's practice?», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 573-583.
- JASPERS, Michael Bo, «Emergency aid: an analysis of the Commission's practice with regard to art. 87(2)(b) EC Treaty, in particular in the light of the air transport insurance cases post september 11», *European competition law review*, vol. 25, issue 9, 2004, pp. 546-557.
- KAMANN, Hans-Georg, y SELMAYR, Martin, «Public service compensation under EC State aid law: Altmark Trans, the Commission's modernisation package and the example of public broadcasting», *Journal of Competition law*, 2 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 354-378.
- KASSOW, Jörn, *Die Beihilfe im Sinne des art. 87 I EG als staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung: zugleich eine dogmatische Bestätigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Notwendigkeit der staatlichen Mittelherkunft*, Göttingen, Cuvillier, 2004, 350 pp.
- KEKELEKIS, Michael, «L'obligation des autorités nationales de recouvrer les aides d'État versées illégalement: défenses et implications», *Eipascope*, núm. 2, 2004, pp. 20-23.
- KIRSCHBAUM, Rita-Maria, «Aspects of the meaning of distortion of competition in State aid law in case of State measures in the public interest», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 1, 2004, pp. 35-40.
- KLIEMANN, Annette, «Richtungswechsel in der Beihilfeaufsicht?: neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Praxis», *Schwerpunkte des Kartellrechts 2002-2003*, pp. 33-51.
- KOENIG, Christian, y HARATSCH, Andreas, «The logic of infrastructure funding under EC State aid control», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 3, 2004, pp. 393-398.

- KOENIG, Christian, y HUSI, Glori, «Public funding of digital broadcasting under EC State aid law», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 605-612.
- KOENIG, Christian, y PFROMM, René, «Die Förderlogik des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens bei PPP-Daseinsvorsorge-Infrastrukturen», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 5 Jahrg., 2004, Heft 7, B.228.890, pp. 375-379.
- KOENIG, Christian, *Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge: das Altmark Trans-Urteil in der Praxis: Nettomehrkosten minus Monopolabschlag?*, Betriebs-Berater, 58 Jahrg., 2003, Heft 42, pp. 2185-2188.
- KUBE, Hanno E., «Die Gleichheitsdogmatik des europäischen Wettbewerbsrechts: zur Beihilfenkontrolle staatlicher Ausgleichsleistungen», *Europa-recht*, 39 Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 230-252.
- KÜBLER, Friedrich, «Europäisches Beihilferecht, Transparenzrichtlinie und Rundfunkgebühr, Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie», *Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum Geburtstag*, 2004, pp. 231-241.
- KUIK, Krzysztof, «State aid and the 2004 accession: overview of recent developments», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 3, 2004, pp. 365-373.
- LAROMA JEZZI, Philip, «Principi tributari nazionali e controllo sopranazionale sugli aiuti fiscali», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 1, 6.935.5, 2004, pp. 91-117.
- LAROMA JEZZI, Philip, «Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa tra diritto tributario e diritto comunitario della concorrenza», *Rassegna tributaria*, anno XLVII, 3, 2004, pp. 1073-1099.
- LEIBENATH, Christoph, «Gemeinschaftliches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge: Anmerkung zum Urteil des EUGH vom 24 juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans», *Europa-recht*, 38 Jahrg., 2003, Heft 6, pp. 1052-1066.
- LIEBMAN, Howard M., «The EU code of conduct vs. the prohibition against "State aid"», *Planeamento e concorrência fiscal internacional*, 2003, pp. 119-152.
- LÜDER, Tilman E., «Calculating public service compensation», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 3, 2004, pp. 385-391.
- LUMMA, Moritz, «Die Stellung Dritter in der Beihilfekontrolle», *European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 15, pp. 457-461.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor, «Ayudas estructurales comunitarias de la pesca marítima», *Noticias de la Unión Europea*, año XX, núm. 228, 2004, pp. 37-46.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, Francisco Javier, «La deducción por inversión en bienes ambientales a la luz del principio "quien contamina paga" y la prohibición de ayudas de Estado», *Noticias de la Unión Europea*, año XX, núm. 237, 2004, pp. 95-105.
- MEROLA, Massimo, y CRICHLow, Gloria, «State aid in the framework of the EU position after Kyoto: an analysis of allowances granted under the CO₂ Emissions Allowance Trading Directive», *World competition*, vol. 27, núm. 1, 2004, pp. 25-51.
- METAXAS, Antonis, *Grundfragen des europäischen Beihilferechts: Beihilfegriff, Aufsichtsverfahren, Rechtsschutzmöglichkeiten für Konkurrenten des Beihilfeempfängers*, Baden-Baden, Nomos, Athen, Sakkoulas, 2003, 325 pp.

- MIDDELSCHULTE, Dirk, *Öffentliche Aufträge als Gegenstand des EG-Beihilfenrechts: Voraussetzungen und Folgen der subventionsrechtlichen Kontrolle von Vergaben und öffentlichen Aufträgen*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 190 pp.
- MÜNDER, Johannes, y BOETTICHER, Arne von, «Auswirkungen des europäischen Beihilfenrechts auf die Finanzierung der Leistungserbringung im SGB VIII, SGB XI und im BSHG», *ZESAR*, 1, 2004, pp. 15-23, 2, pp. 65-72.
- NAVARRO VARONA, Edurne, y SÁNCHEZ BRABEZO, Adrián, «La financiación estatal de los servicios públicos y su compatibilidad con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado», *Revista jurídica española La Ley*, t. 3, D-125, 2003, pp. 1506-1512.
- NICOLAIDES, Phedon, y KEKELEKIS, Michael, «An assessment of EC State aid policy on rescue and restructuring of companies in difficulty», *European competition law review*, vol. 25, issue 9, 2004, pp. 578-583.
- NICOLAIDES, Phedon, «Fiscal State aid in the EU: the limits of tax autonomy», *World competition*, vol. 27, núm. 3, 2004, pp. 365-396.
- «State aid: is cohesion at the national level successful?», *Eipascope*, núm. 2, 2004, pp. 9-19.
- NOWAK, Carsten, «Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt», *Europarecht*, Beiheft 3, 2004, pp. 77-106.
- PACE, Alessandro, «Gli aiuti di Stato sono forme di “tutela” della concorrenza?», *Giurisprudenza costituzionale*, anno XLIX, fasc. 1, 2004, pp. 259-265.
- PANAYI, Christina HJI, «State aid and tax: the third way?», *Intertax*, *International tax review*, vol. 32, 6/7, 2004, pp. 283-306.
- «Limitation on benefits and State aid», *European taxation*, vol. 44, núm. 2/3, 2004, pp. 83-98.
- PLENDER, Richard O., «Definition of aid», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 1-39.
- PORCHIA, Ornella, «La giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti pubblici alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2004, pp. 343-353.
- PORTUGUÉS CARRILLO, Carlos, «Los fondos estructurales europeos y el régimen comunitario de ayudas públicas: el régimen comunitario aplicado en las comunidades autónomas españolas», *Noticias de la Unión Europea*, año XX, núm. 233, 2004, pp. 85-99.
- PÜTZ, Markus, «EG-Beihilfenrecht und Paragr. 134 BGB», *Neue juristische Wochenschrift*, 57 Jahrg., 2004, Heft 31, pp. 2199-2201.
- QUIGLEY, Conor, «General taxation and State aid», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 207-217.
- RAPP-JUNG, Barbara, «State financing of public services: the Commission's new approach: is Altmark the rule or the exception?», *The European State Aid Law Institute*, 2004, pp. 27-37.
- «State financing of public services: the Commission's new approach: is Altmark the rule or the exception?», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 2, 2004, pp. 205-215.
- REHBINDER, Maria, «Recent developments in Commission State aid policy and practice», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 117-131.
- RITLENG, Dominique, «Financement du service public et aides d'État», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 19, 2004, pp. 1011-1021.
- RITTER, Nicolai, *EG-Beihilfenrückforderung von Dritten: der Adressat der Beihilfenrückforderung nach Vermögensübertragungen vom Beihilfen(erst-)empfänger auf einen anderen Rechtsträger*, München, Beck, 2004, 235 pp.

- ROBERTSON, Aidan, «State aid and reference policy after GIL Insurance», *European competition law review*, vol. 25, issue 10, 2004, pp. 603-606.
- 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 CURIEL, José-Wenceslao, «Obligación de devolución de los tributos o exacciones parafiscales específicamente recaudados para financiar ayudas estatales ilegales (sentencia “Van Calster”): de nuevo sobre la función del juez nacional», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 233, 2004, pp. 77-86.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, y RODRÍGUEZ MÍGUEZ, María Jesús, «Ayudas fiscales y libre competencia: a propósito de algunos casos de reciente actualidad», *Revista jurídica española La Ley*, t. 3, D-160, 2003, pp. 1816-1825.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, 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.
- «Las ayudas estatales en forma de garantía a la luz de la reciente práctica de la Comisión», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 232, 2004, pp. 64-84.
- ROSS, Malcolm, «Decentralization, effectiveness, and modernization: contradictions in terms?», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 85-101.
- ROSSI-MACCANICO, Pierpaolo, «State aid review of Member States' measures relating to direct business taxation», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 2, 2004, pp. 229-251.
- «Gli aiuti fiscali spagnoli e baschi all'acciaio: la crisi della dottrina della selettività fiscale geografica», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXVIII, núm. 34, 2004, pp. 5840-5849.
- RUBINI, Luca, «The international context of EC State aid law and policy: the regulation of subsidies in the WTO», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 149-188.
- RUSSO, Pasquale, «Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 1, 2004, pp. 225-248.
- SAMANIEGO BORDIÚ, Gonzalo, «Reflexiones sobre las medidas fiscales que pueden ser consideradas como ayudas de Estado encubiertas y las ayudas que fomentan el traslado de empresas en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, año XX, núm. 235/236, 2004, pp. 9-23.
- «Fundamentos económicos de los efectos de las ayudas en la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 2004, núm. 233, pp. 49-76.
- SÁNCHEZ RYDELSKI, Michael, «The EEA State aid regime», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 189-204.
- SANTOS, António Carlos dos, «Aides d'État, code de conduite et concurrence fiscale dans l'Union européenne: les centres d'affaires comme cibles», *Revue internationale de droit économique*, núm. 1, 2004, pp. 9-45.
- SCHLUCK-AMEND, Alexandra, *Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen in ihren Auswirkungen auf das nationale Gesellschafts- und Insolvenzrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 247 pp.

- SEIDEL, Holger, *Die Auswirkungen des europäischen Beihilferechts auf private Subventionsverträge*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 187 pp.
- SGROI, Antonino, «Sgravi contributivi, verifica di compatibilità con il diritto comunitario e recupero degli aiuti indebiti», *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, núm. 1, 2004, pp. 299-329.
- SOLTÉSZ, Ulrich, y BIELESZ, Holger, «Privatisierungen im Licht des europäischen Beihilferechts: von der O Kommission gerne gesehen, aber nicht um jeden Preis», *European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 13, pp. 391-395.
- «Judicial review of State aid decisions: recent developments», *European competition law review*, vol. 25, issue 3, 2004, pp. 133-152.
- SOLTÉSZ, Ulrich, «Subventionskahlschlag oder Beihilfenkontrolle?: der neue multisektorale Regionalbeihilferahmen als europaweites Investitionshemmnis?», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 15 Jahrg., 2004, Heft 6, pp. 241-247.
- STÖCKL, Matthias, «Beihilfe für die Nutzung einer Flughafeninfrastruktur durch einen Billiganbieter und regionale Entwicklung: (staatliche Beihilfe C 76/2002 Ex NN 122/2002) Vorteilsgewährung der Region Wallonien und des Flughafenbetreibers Brussels South Charleroi Airport (BSCA) zugunsten Ryanair», *European law reporter*, núm. 4, 2004, pp. 128-133.
- SUCKALE, Margret, «Die Kontrolle von Beihilfen im Europarecht», *Internationales und europäisches Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, 2004, pp. 197-218.
- SZYSZCZAK, Erika M., «State aid and financing services of general economic interest», *European current law*, January, 2004, pp. xi-xvii.
- TASSANI, Thomas, «Il regime fiscale della ristrutturazioni bancarie tra divieto di aiuti di Stato e tutela del legittimo affidamento», *Rassegna tributaria*, anno XLVII, 4, 2004, pp. 1533-1565.
- TIETJEN, Maik, *Die europäische Beihilfekontrolle im Vergaberecht und bei der Privatisierung*, Bern, Stämpfli, 2004, 261 pp.
- TIRABOSCHI, Michele, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2002, 373 pp.
- TÖPFER, Frank-Rainer, y BUTLER, Janet Kerstin, «Proceed with care: purchasing companies with potential State aid liabilities», *European competition law review*, vol. 25, issue 7, 2004, pp. 421-428.
- TUROT, Jérôme, «Aides d'État et gratuité des services publics?: la taxe sur les achats de viande devra-t-elle être restituée?», *Revue de jurisprudence fiscale*, 2, 2004, pp. 90-92.
- VALENTINO, Luigi, «Aiuti statali all'occupazione: quando la precarietà degli stessi rappresenta l'unico affidamento legittimo!», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 501-507.
- «Regole chiare in tema di recupero degli aiuti: quando la inesistente discrezionalità dello Stato diviene l'unica certezza!», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2003, pp. 2044-2049.
- VAN YSENDYCK, Anne, y ZÜHLKE, Susanne, «Staatliche Beihilfen und Ausgleich für Leistungen der Daseinsvorsorge», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 15 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 16-19.
- WEINKAMM, Pia, *EG-Beihilfen und die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Deutschland: Anstaltslast, Gewährträgerhaftung und die zukünftigen Gestaltungsmöglichkeiten im öffentlichen Bankensektor*, Aachen, Shaker, 2004, 225 pp.

WINTER, Jan A., «Re(de)fining the notion of State aid in art. 87(1) of the EC Treaty», *Common market law review*, vol. 41, núm. 2, 2004, pp. 475-504.

G. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

AITMAN, David, y JONES, Alison, «Competition law and copyright: has the copyright owner lost the ability to control his copyright?», *European intellectual property review*, vol. 26, issue 3, 2004, pp. 137-147.

AREZZO, Emanuela, «Competition policy and IPRS: an open debate over an ever-green issue», *Il diritto di autore*, anno LXXV, núm. 3, 2004, pp. 315-335.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, *La competencia en sectores regulados*, 2.^a ed., Granada, Comares, 2003, 552 pp.

ARIÑO, Mónica, «Digital war and peace: regulation and competition in European digital broadcasting», *European public law*, vol. 10, 2004, issue 1, pp. 135-160.

ATIENZA SERNA, Luis, y QUINTO ROMERO, Javier de, *Regulación y competencia en el sector del gas natural en España: balance y propuestas de reforma*, Fundación Alternativas, 2004.

BACHERT, Patric, *Die Aufsicht über Energieversorgungsunternehmen zwischen Wettbewerb und Regulierung*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 248 pp.

BASSAN, Fabio, «Piattaforme televisive satellitari: legittimo il cambiamento di strategia della Commissione», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2004, pp. 354-357.

BATCHELOR, «Bill, Application of the technology transfer block exemption to software licensing agreements», *Computer and telecommunications law review*, vol. 10, issue 7, 2004, pp. 166-173.

BAUSCH, Camilla, *Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union: eine rechtsvergleichende Untersuchung der europäischen Vorgaben sowie der Regime in Deutschland, Frankreich und England/Wales unter besonderer Berücksichtigung der "Essential Facilities"-Doktrin*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 395 pp.

BAVASSO, Antonio F., «Essential facilities in EC law: the rise of an "epithet" and the consolidation of a doctrine in the communication sector», *Yearbook of European law*, vol. 21, 2001-2002, pp. 63-106.

BERLINGUER, Aldo, «Stato, mercato e concorrenza nella UE: il caso delle professioni intellettuali», *Contratto e impresa, Europa*, anno IX, núm. 1, 2004, pp. 390-446.

— *Professione forense, impresa e concorrenza: tendenze e itinerari nella circolazione di un modello*, Milano, Giuffrè, 2003, 371 pp.

BRANCASI, Antonio, *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, Il Mulino, 2003, 350 pp.

— «Il trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale», *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, 2003, pp. 11-38.

BREUER, Rüdiger, «Umsetzung von EG-Richtlinien im neuen Energiewirtschaftsrecht», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23 Jahrg., 2004, Heft 5, pp. 520-530.

BURBIDGE, Peter, «Le responsabilità professionale di solicitors e barristers nel processo europeo di liberalizzazione della professione legale», *Quaderni di diritto privato europeo*, 5, 2001-2002, pp. 51-62.

- BUTTIGIEG, Eugene, «Vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector under EC competition law: implications for European consumers», *European business law review*, vol. 14, núm. 6, 2003, pp. 743-764.
- CALABRÒ, Giovanni, «Convergenza nel settore delle comunicazioni», *Antitrust between EC law and national law*, 2003, pp. 429-452.
- CAPOBIANCO, Antonio, «Licensing of music rights: media convergence, technological developments and EC Competition law», *European intellectual property review*, vol. 26, issue 3, 2004, pp. 113-122.
- CARETTI, Paolo, «Servizio pubblico radiotelevisivo e diritto comunitario», *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale*, 2003, pp. 85-93.
- CARTA, Mario, «La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VIII, 4, 2003, pp. 771-796.
- CASSETTA, Ernesto, «Regulating network access and interconnection: main issues and pricing principles in telecommunications», *New perspectives in competition and regulation*, vol. 2, 2003, pp. 535-627.
- CHAMPALAUNE, Carole, «La réforme de l'exemption des accords automobiles au regard du droit des contrats», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, 48, suppl. núm. 65, 2003, pp. 15-20.
- CHELI, Enzo, «Note in tema di pluralismo e servizio pubblico radiotelevisivo nella transizione al "digitale terrestre"», *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali*, 2003, pp. 217-230.
- CHIEFFI, Ilaria, «Competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 2, 2004, pp. 457-503.
- CHIRICO, Filomena, «An antitrust analysis of the management of the internet domain name system», *Internet governance*, 2004, pp. 25-74.
- CIRIELLI, Paolo, «Attività economiche e prerogative dei pubblici poteri nella gestione aeroportuale: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno X, núm. 2, 2004, pp. 177-184.
- COPPIETERS, Sandra, «The financing of public service broadcasting», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 265-279.
- D'ALBERTI, Marco, «Comunicazioni elettroniche e concorrenza», *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, 2004, pp. 35-41.
- «Libera concorrenza e diritto amministrativo», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 2, 2004, pp. 347-361.
- DANWITZ, Thomas von, «Die Liberalisierung der Postmärkte in Europa, Der Staat des Grundgesetzes», *Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, 2004, pp. 857-875.
- DE BELLIS, Maurizia, «Servizi aeroportuali e applicazione della normativa antitrust: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno X, núm. 1, 2004, pp. 59-68.
- DE CET-BERTIN, Cécile, «Le juge communautaire et la politique de concurrence dans les transports maritimes», *Le juge communautaire et la mer*, 2003, pp. 51-83.
- DERCLAYE, Estelle, «Abuses of dominant position and intellectual property rights: a suggestion to reconcile the Community courts case law», *World competition*, vol. 26, núm. 4, 2003, pp. 685-705.

- DERIDDER, Lennart, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 631 pp.
- DETHOF, Sascha, *Anforderungen des deutschen und europäischen Kartellrechts an Business-to-business Internet-Marktplätze: eine rechtliche Würdigung mit Hinweisen für die Praxis*, Aachen, Shaker, 2004, 27 pp.
- DINGER, Felix, *The future of liner conferences in Europe: a critical analysis of agreements in liner shipping under current European Competition law*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 207 pp.
- ENDE, Lothar, y KAISER, Jan, «Wie weit ist die Liberalisierung der Schiene?: eine Bestandsaufnahme über die Marktöffnung im Eisenbahnsektor», *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jahrg. 54, 2004, Heft 1, pp. 26-37.
- FABBIO, Philipp, «Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale», *Rivista del diritto commerciale*, anno CII, núm. 1-3, 2004, pt. II, pp. 9-39.
- FABIANI, Mario, «Nuove tecnologie di telecomunicazione, antitrust e protezione della proprietà intellettuale», *Il diritto di autore*, anno LXXV, núm. 1, 2004, pp. 78-80.
- FABRA UTRAY, Jorge, *¿Liberalización o regulación?: Un mercado para la electricidad*, Madrid, Marcial Pons, 2003, 440 pp.
- FAELLA, Gianluca, «Tutela della concorrenza nel settore postale: "re-mailing ABA" ed abuso di posizione dominante», *Il foro italiano*, anno CXXIX, núm. 4, pt. III, 2004, pp. 213-216.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Transportes y competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreos, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Civitas, 2004.
- FERRARO, Fabio, «L'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza alla professione di avvocato», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 410-426.
- FERRÉ, Dominique, «La réforme de l'exemption des accords automobiles au regard de la propriété intellectuelle», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, 48, suppl. núm. 65, 2003, pp. 23-26.
- FIUMARA, Oscar, «La pratica della reimpostazione nel servizio postale universale», *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, anno LII, pt. I, núms. 1-4, 2000, pp. 114-118.
- FLORE, Luisa, «L'utente del servizio postale fra strumenti di tutela privatistici e pubblicistici», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 2, 6.992, 2004, pp. 505-540.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes, «Privatización y liberalización en el sector de los transportes», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 161-182.
- GARDNER, Anthony L., «The velvet revolution: art. 90 and the triumph of the free market in Europe's regulated sectors», *Competition law*, 2003, pp. 289-297.
- GARZANITI, Laurent JHF, y LIBERATORE, Francesco, «Recent developments in the European Commission's practice in the communications sector», *European competition law review*, vol. 25, issue 3, 2004, pp. 169-176; issue 4, pp. 234-240; issue 5, pp. 286-298.
- GARZANITI, Laurent JHF, *Telecommunications, broadcasting and the Internet: EU competition law and regulation*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, 675 pp.
- GERADIN, Damien (ed.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Intersentia, 2004.

- GOLDSMITH, J., «Competition and the European legal professions», *Advocatenblad*, 84e jaarg, 14, 2003, pp. 712-714.
- GREAT BRITAIN, «House of Lords European Union Committee», *Gas: liberalised markets and security of supply: report with evidence*, London, Stationery Office, 2004, 125 pp.
- GREAVES, Rosa, «The Herchel Smith lecture 1998: art. 86 of the EC Treaty and intellectual property rights», *Competition law*, 2003, pp. 437-443.
- GUDERA, Lydia, *Fernsehkabelnetze zwischen Wettbewerb und Regulierung: die kartellrechtliche Beurteilung von Marktmacht bei dem Zugang zu Infrastrukturen, insbesondere zum Breitbandkabelnetz*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 205 pp.
- HAUS, Florian, «Kommunikationskartellrecht: ein Rahmen für den Wettbewerb in Kommunikationsmärkten», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 171-179.
- HELLWIG, Hans-Jürgen, *Europäisches Wettbewerbsrecht und freie Berufe: Monti bläst zum Angriff*, BRAK-Mitteilungen, 35 Jahrg., 2004, Heft 1, pp. 19-22.
- HOIDA, Jason A., «Abuse of the dominant position in the telecom sector», *Nätets Juridik*, 2000, pp. 126-137.
- HONSEL, Bernd, «Neue wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen für die B.228.222 Versicherungswirtschaft, Recht und Risiko», *Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag*, 3.950 Bd. I, 2004, pp. 165-178.
- IELO, Domenico, y MUSSELLI, Lucia, «Concorrenza e regolazione nel nuovo codice delle comunicazioni elettroniche», *Il foro amministrativo*, TAR, vol. III, 6, 2004, pp. 1940-1963.
- JAGGI, Stephan G., *Strategische Allianzen im europäischen Telekommunikationssektor: das Verhaltenskontrollkonzept der EG-Kommission vor dem Hintergrund US-amerikanischer Erfahrungen*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 282 pp.
- JIMÉNEZ PLAZA, María Isabel, «Los parámetros de la responsabilidad de la "poste" italiana en el nuevo mercado de servicios públicos liberalizados: a propósito de la sentencia Bn. 254 della Corte costituzionale italiana (17-20 giugno 2002)», *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 119, 2003, pp. 435-462.
- KAUFMANN, Christian, *Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden: die allgemeine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der Bekanntmachung über den Automobilvertrieb und der Revision des Kartellgesetzes*, Zürich, Schulthess, 2004, 145 pp.
- KLUTH, Winfried; GOLTZ, Ferdinand, y KUJATH, Karsten, *Das Berufsrecht der freien Berufe auf dem Prüfstand des EU-Wettbewerbsrechts: Hintergründe und Anforderungen der Mitteilung der Kommission vom über den Wettbewerb bei den freiberuflichen Dienstleistungen*, Halle, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Berufsrecht der Steuerberater, 2004, 14 pp.
- KNIEPS, Günter, «Regulatory reform of European telecommunications: past experience and forward-looking perspectives», *Spontaneous order, organization and the law*, 2003, pp. 213-227.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, 254 pp.
- LEMAIRE, Christophe, «La libéralisation des marchés énergétiques: à propos de la transposition de la "directive gaz" en France», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 473, 2003, pp. 642-657.
- LOCATELLI, IVO, «Il costo del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche: esperienze e novità europee», *Mercato concorrenza regole*, anno V, núm. 3, 2003, pp. 465-497.

- LUST, Philipp, «Liberalisierung am Beispiel des Briefkastens», *Ecolex*, 15 Jahrg., 2004, Heft 4, pp. 325-327.
- MACRÌ, Fabio, «Maritime cabotage services between liberalisation and Member States' intervention», *Diritto del commercio internazionale*, 17.2-3, 2003, pp. 477-505.
- MAYEN, Thomas, *Aktuelle Entwicklungen im Telekommunikationsrecht*, Schwerpunkte des Kartellrechts, 2002-2003, pp. 53-67.
- MELLONE, Celestina, «Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?», *Il foro amministrativo*, CdS, vol. III, 4, 2004, pp. 1172-1184.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, 322 pp.
- MULDER, Peter, *The Economics of Technology Diffusion and Energy Efficiency*, Edward Elgar, 2005.
- NIKOLINAKOS, Nikos Th.; POLYKALAS, Spyros E., y KOUVELOU, Dina Th., «Bitstream access policy in the EU electronic communications sector: application of ex ante regulation and Competition law», *Computer and telecommunications law review*, vol. 10, issue 2, 2004, pp. 27-33.
- «Mergers and strategic alliances in the emerging multi-media sector: the EU competition policy», *European competition law review*, vol. 25, issue 10, 2004, pp. 625-637.
- NOLTE, Nina, *Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: zur Bedeutung des art. 86 Abs. 2 EGV: insbesondere in den Bereichen der Elektrizitätswirtschaft, der Bodendienstleistungen auf Flughäfen und der Abfallwirtschaft*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 255 pp.
- ORLANDO, Angelica, «Il principio di concorrenza e l'ordinamento delle professioni: l'ordinamento comunitario», *Il diritto dell'economia*, fasc. 4, 2003, pp. 699-720.
- PALZER, Carmen, «Marktdefinition im Bereich der audiovisuellen Medien nach dem Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 48 Jahrg., 2004, Heft 4, pp. 279-290.
- PARIGI, Andrea, «Prospettive di privatizzazione della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo fra ordinamento comunitario ed interno», *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali*, 2003, pp. 605-650.
- PARIS, Claudio, «Disapplicazione di normativa interna e non punibilità di precedenti condotte poste in essere secundum legem», *Rassegna avvocatura dello Stato*, anno LV núm. 4., 2003, pp. 43-49.
- PEDROIA, Albino, y SANFILIPPO, Luca, «Le nuove televisioni in Europa: realtà economica e diritto della concorrenza», *Antitrust between EC law and national law*, 2003, pp. 413-427.
- PEEPERKORN, Luc, «IP licences and competition rules: striking the right balance», *World competition*, vol. 26, núm. 4, 2003, pp. 527-539.
- PÉREZ PRADO, José Manuel, y PASSÁS Ogallar, «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 330, 2004, pp. 117-134.
- PETIT, Nicolas, «The Commission's contribution to the emergence of 3G mobile communications: an analysis of some decisions in the field of Competition law», *European competition law review*, vol. 25, issue 7, 2004, pp. 429-438.
- POLLEY, Romina, «Softwareverträge und ihre kartellrechtliche Wirksamkeit: zur Anwendbarkeit von Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen

- Kommission auf Softwareverträge unter besonderer Berücksichtigung der neuen Technologietransfer-GVO», *Computer und Recht*, 20 Jahrg., 2004, Heft 9, pp. 641-648.
- PRIEB, Hans-Joachim, y HÖLZL, Franz Josef, «New skin for an old ceremony: postal service providers are now contracting entities», *Public procurement law review*, núm. 6, 2004, pp. 174-80.
- PÜSTOW, Moritz, *Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft: die Umsetzung der Richtlinie 98/30/EG*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 282 pp.
- RENZULLI, «Annalisa, Vincoli ai poteri statali e liberalizzazione nelle telecomunicazioni», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2004, pp. 368-371.
- RUGE, Reinhard, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State: zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, 347 pp.
- SANDEN, Joachim, «Die europäische Fusionskontrolle im liberalisierten Energiemarkt», *European journal of business law*, 15 Jahrg., 2004, Heft 20, pp. 620-624.
- SANTA MARIA, Alberto, «Lo sport professionistico e la concorrenza», *Giurisprudenza commerciale*, 31.4, pt. I, 2004, pp. 945-965.
- SENKE, Mirka, *Elektrizitätslieferverträge nach der Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte im Lichte des europäischen und deutschen Kartellrechts*, Berlin, TENE, 2003, 204 pp.
- SENZANI, Daniele, *Liberalizzazione e modelli di regolamentazione delle telecomunicazioni*, Padova, CEDAM, 2003, 328 pp.
- SPEZZANO, Antonino, «Il problema delle concentrazioni tra imprese nei nuovi mercati dei servizi televisivi a pagamento: un parallelismo con il criterio della territorialità oggettiva», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2004, pp. 365-367.
- STOFFAËS, Christian, «Un exemple sectoriel: pour un service public européen de l'électricité», *L'accès aux services d'intérêt économique général*, 2003, pp. 157-165.
- STRATIL, Alfred, «Liberalisierung von Postdienstleistungen.: juristische Perspektiven», *Ecolex*, 15 Jahrg., 2004, Heft 8, pp. 650-654.
- TORANO, Valerio, «Recepimento della normativa comunitaria e funzioni statali di regolamentazione nel nuovo "codice delle comunicazioni elettroniche"», *Il Consiglio di Stato*, anno LIV, núm. 9, pt. II, 2003, pp. 1675-1682.
- TORRICELLI, Simone, «Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico», *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, 2003, pp. 39-104.
- TOWNLEY, Chris, «The liner shipping block exemptions in European law: has the tide turned?», *World competition*, vol. 27, núm. 1, 2004, pp. 107-153.
- VALENTINO, Luigi, «La liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni: una contesa tra diritto comunitario, prerogative degli Stati e interesse generale», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 475-480.
- VARNEY, Mike, «European controls on Member State promotion and regulation of public service broadcasting and broadcasting standards», *European public law*, vol. 10, issue 3, 2004, pp. 503-530.
- WEINHÄUPL, Karl, «EG-kartellrechtliche Aspekte des Internetvertriebs und der Internetplattformen», *Internet-Recht*, 2004, pp. 139-187.

- WIEDEMANN, Verena A. M., «Public service broadcasting, State aid, and the Internet: emerging EU law», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 595-603.
- ZACCARIA, Roberto, «Servizio pubblico radiotelevisivo, garanzia del diritto all'informazione e istituzioni di effettiva tutela», *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali*, 2003, pp. 919-939.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego, «Prestación de servicios de telecomunicaciones a través de redes eléctricas y competencia», *Revista vasca de administración pública*, 65(I), 2003, pp. 221-260.

H. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- AMMANNATI, Laura, «Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali», *Giornale di diritto amministrativo*, anno X, núm. 8, 2004, pp. 906-913.
- ARNAUDO, Luca, «Gestione giuridica delle acque e concorrenza nei servizi idrici», *Mercato concorrenza regole*, anno V, núm. 3, 2003, pp. 579-606.
- ASALINI, Dario, «Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato», *Il foro amministrativo*, CdS, vol. II, 10, 2003, pp. 2733-2750.
- BEHRENS, Peter, «Public services and the internal market: an analysis of the Commission's communication on services of general interest in Europe», *Spontaneous order, organization and the law*, 2003, pp. 41-64.
- BEL, Germà, y MIRALLES, Antonio, «La competencia en el sector de los servicios públicos locales en España», *Anuario de la Competencia 2003*.
- BELLANTUONO, Giuseppe, «Diritto europeo dei contratti e regolazione delle public utilities», *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, 2003, pp. 59-151.
- BOVIS, Christopher, «Financing services of general interest, public procurement and State aid: the delineation between market forces and protection», *The Columbia journal of European law*, vol. 10, núm. 3, 2004, pp. 419-443.
- BRACQ, Stéphane, «Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente: à propos de la décision CJCE 24 juill, 2003, Altmark Trans GmbH, aff. C-280/00», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 1, 2004, pp. 33-70.
- BRANCASI, Antonio, *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, Il Mulino, 2003, 350 pp.
- «Il trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale», *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, 2003, pp. 11-38
- BRIGHT, Christopher, «Art. 90, economic policy and the duties of Member States», *Competition law*, 2003, pp. 279-288.
- CALDIROLA, Debora, «Interessi sociali, concorrenza e pluralismo istituzionale nei servizi pubblici locali», *JUS: rivista di scienze giuridiche*, anno L, 3, 2003, pp. 549-578.
- CAPUTI, Giovanni, «Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria: ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 3-4, 2004, pp. 823-877.

- CARTA, Mario, «La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica», *Il diritto dell'Unione europea*, anno VIII, 4, 2003, pp. 771-796.
- COLOMBARI, Stefano, «Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza: flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 1, 2004, pp. 275-298.
- DE ROSE, Claudio, «Il Libro verde della Commissione CE sui servizi di interesse generale in Europa», *Il Consiglio di Stato*, anno LV, núm. 3, pt. II, 2004, pp. 677-684.
- DURVIAUX, Ann Lawrence, y THIRION, Nicolas, «Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire», *Journal des tribunaux*, núm. 6122, 2004, pp. 17-27.
- ΕΛΕΥΘΕΡΙΟΥ, Αδόλφο, «Le concept d'aide "brute": le financement des services d'intérêt général par des fonds publics: quelques réflexions sur l'arrêt Altmark rendu par la CJCE», *Journal des tribunaux, Droit européen*, núm. 105, 2004, pp. 6-9.
- EVRRARD, Sébastien J., «Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond», *The Columbia journal of European law*, vol. 10, núm. 3, 2004, pp. 491-526.
- FAELLA, Gianluca, «Intesa restrittiva della concorrenza in risposta ad una violazione di legge da parte dell'amministrazione», *Il foro italiano*, anno CXXIX, núm. 6, pt. III, 2004, col. 329-332.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda, «El servicio público en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 69-96.
- FERRARO, Fabio, «Efficienza dei servizi di interesse economico generale», *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, 2003, pp. 465-474.
- GIORELLO, Marco, «L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XIV, núm. 3-4, 2004, pp. 929-944.
- GREAT BRITAIN, «House of Lords European Union Committee», *Services of general interest: report with evidence*, London, Stationery Office, 2004-23, 10 pp.
- GRONDEN, Johan Willem van de, «Purchasing care: economic activity or service of general (economic) interest?», *European competition law review*, vol. 25, issue 2, 2004, pp. 87-94.
- IANNELLO, Carlo, «I pubblici servizi nel panorama della privatizzazione: la qualificazione dell'utente fra consumatore-cliente e cittadino», *Rassegna di diritto pubblico europeo*, anno I, núm. 1-2, 2002, pp. 219-273.
- IMMENGA, Ulrich, «The proposal for a "universal code"», *Antitrust e globalizzazione*, 2004, pp. 53-58.
- JIMÉNEZ PLAZA, María Isabel, «Los parámetros de la responsabilidad de la "poste" italiana en el nuevo mercado de servicios públicos liberalizados: a propósito de la sentencia núm. 254 della Corte costituzionale italiana (17-20 giugno 2002)», *Revista española de Derecho administrativo*, 119, 2003, pp. 435-462.
- KAMANN, Hans-Georg, y SELMAYR, Martin, «Public service compensation under EC State aid law: Altmark Trans, the Commission's modernisation package and the example of public broadcasting», *Journal of Competition law*, 2 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 354-378.

- KIRSCHBAUM, Rita-Maria, «Aspects of the meaning of distortion of competition in State aid law in case of State measures in the public interest», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 1, 2004, pp. 35-40.
- LAMORGESE, Antonio, «Servizi pubblici: la fuga del Tribunale di l'Aquila e le prospettive di ampliamento della giurisdizione ordinaria», *Il corriere giuridico*, anno XXI, núm. 2, 2004, pp. 229-234.
- LOUIS, Frédéric, y VALLERY, Anne, «Ferring revisited: the Altmark case and State financing of public service obligations», *World competition*, vol. 27, núm. 1, 2004, pp. 53-74.
- MARCOU, Gérard, «Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche», *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, 2003, pp. 313-350.
- MARZUOLI, Carlo, «Istruzione: libertà e servizio pubblico», *Istruzione e servizio pubblico*, 2003, pp. 11-34.
- MAZZAMUTO, Marco, «Il trasporto di linea locale e gli obblighi di servizio», *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, 2003, pp. 201-249.
- MEYER, Dirk, «Zur Rechtslage des ÖPNV nach dem Altmark Trans-Urteil des EUGH: eine wettbewerbspolitische Bewertung», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 54 Jahrg., 2004, Heft 10, pp. 1012-1023.
- MORAL SORIANO, Leonor, «El encuentro del servicio público con los servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004, pp. 539-562.
- «Service public and services of general economic interest meet», *European and international regulation after the nation state*, 2004, pp. 185-201.
- MUSSELLI, Lucia, «Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza», *Il foro amministrativo*, TAR, vol. II, 7-8, 2003, pp. 2175-2187.
- NAVARRO VARONA, Edurne; SÁNCHEZ BRABEZO, Adrián, «La financiación estatal de los servicios públicos y su compatibilidad con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado», *Revista jurídica española La Ley*, t. 3, D-125, 2003, pp. 1506-1512.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 51-68.
- PITSCHAS, Rainer, «Kommunale Daseinsvorsorge im europäischen Binnenmarkt: Grenzen der Liberalisierung kommunaler Dienstleistungen in der europäischen Wettbewerbsgesellschaft», *Kommunalwirtschaft im Europa der Regionen*, 2004, pp. 33-48.
- RAGUSA, Marco, «Servizio postale, servizio universale e ripartizione degli oneri», *Nuove autonomie*, anno XII, núm. 1-2, 2003, pp. 133-141.
- RAPP-JUNG, Barbara, «State financing of public services: the Commission's new approach: is Altmark the rule or the exception?», *The European State Aid Law Institute*, 2004, pp. 27-37.
- «State financing of public services: the Commission's new approach: is Altmark the rule or the exception?», *European state aid law quarterly*, vol. 3, núm. 2, 2004, pp. 205-215.
- RITLENG, Dominique, «Financement du service public et aides d'État», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 19, 2004, pp. 1011-1021.
- 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 law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 67-84.
- ROSSI, Federico, «Considerazioni in tema di società totalmente partecipate dal capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica», *I tribunali amministrativi regionali*, anno XXX, núm. 2, pt. II, 2004, pp. 87-109.
- SALA ARQUER, José Manuel, «Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 56, 2004, p. 11-36.
- SANTORO, Maria Pia, «Nota alle osservazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 8 settembre 2003 in tema di gestione del servizio idrico integrato», *Il Consiglio di Stato*, anno LIV, núm. 9, 2003 pt. II, pp. 1663-1666.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, *Regulación y servicios públicos*, Granada, Comares, 2003, 208 pp.
- SOSA WAGNER, Francisco, «Los servicios públicos en Europa», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, 2004, pp. 89-103.
- «Servicio público y papel de la nueva administración y sus entes reguladores», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 125-149.
- STOFFAËS, Christian, «Un exemple sectoriel: pour un service public européen de l'électricité», *L'accès aux services d'intérêt économique général*, 2003, pp. 157-165.
- SZYSZCZAK, Erika, «State aid and financing services of general economic interest», *European current law*, january, 2004, pp. xi-xvii.
- THIEFFRY, Patrick, «Contrôle des compensations de services publics: les propositions de la Commission européenne», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 19, 2004, pp. 1021-1024.
- TORRICELLI, Simone, «Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico», *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, 2003, pp. 39-104.
- TUROT, Jérôme, «Aides d'État et gratuité des services publics?: la taxe sur les achats de viande devra-t-elle être restituée?», *Revue de jurisprudence fiscale*, 2, 2004, pp. 90-92.
- URSI, Riccardo, «L'evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel processo di integrazione europea: Parte seconda», *Nuove autonomie*, anno XI, núm. 3, 2002, pp. 367-391.
- VAN DEN ABEELE, Éric, «L'avenir des services publics en Europe: de Nice à Barcelone», *L'accès aux services d'intérêt économique général*, 2003, pp. 145-155.
- VANDAMME, Jacques, y RODRIGUES, Stéphane, *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Paris, Aspe Europe, 2003, 167 pp.
- VILLAGRASA ROZAS, María del Mar, «Los servicios postales en un entorno liberalizado: el caso de España», *Revista española de Derecho administrativo*, 118, 2003, pp. 201-227.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de Derecho público económico*, Granada, Comares, 2005, 440 pp.
- ZANELLI, Enrico, «Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?», *Politica del diritto*, vol. XXXV, núm. 1, 2004, pp. 175-199.

3. OTROS SISTEMAS

- ANTONUCCI, Marco, «I poteri “aggiunti” dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato», *Il Consiglio di Stato*, anno LIV, núm. 9, pt. II, 2003, pp. 1577-1582.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, «La aplicación descentralizada del Derecho de defensa de la competencia en Alemania», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 334, 2004, p. 29-45.
- AU, Hans, *Das Wettbewerbsrecht der VR China: wirtschaftspolitische Ziele und Gesetzesvollzug*, Hamburg, IFA, 2004, 315 pp.
- BACON, Kelyn, «State aids in the English courts: definition and other problems», *The law of State aid in the European Union*, 2004, pp. 337-356.
- BOVET, Christian, «New competition rules and other related developments in Switzerland», *Swiss review of business law*, 76, Jahrg., 2004, Heft 2, pp. 132-137.
- BRICEÑO BERRÚ, José Enrique, «La Unión Europea y el Mercosur: comparación entre áreas económicas integradas con especial referencia a los actos restrictivos de la competencia entre empresas», *Diritto del commercio internazionale*, 17.4, 2003, pp. 755-790.
- CELLI, Alessandro L., y BENZ, Nicola, *Swiss cartel law: 2004 reform: English translation of the Amended Federal Act on Cartel Law with ordinance on merger control*, Zürich, Schulthess, 2004, 148 pp.
- DARÁZS, Lénárd, «Das Zusammenwachsen des ungarischen und europäischen Kartellrechts», *Europäisches Recht im ungarischen Privat- und Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 409-531.
- DILEK, Vania, *Der Wettbewerbsschutz in Bulgarien und in der Russischen Föderation während des Übergangs vom Dirigismus zur Privatautonomie*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 346 pp.
- DREXL, Josef, «WTO und Kartellrecht: zum Warum und Wie dieser Verbindung in Zeiten der Globalisierung», *Journal of Competition law*, 2 Jahrg, 2004, Heft 2, pp. 191-248.
- EMMERT, Frank, «Introducing EU competition law and policy in Central and Eastern Europe: requirements in theory and problems in practice», *Fordham international law journal*, vol. 27, núm. 2, 2004, pp. 642-678.
- ERIKSEN, Lars H., «Die Reform des dänischen Kartellrechts: das Wettbewerbsrecht Dänemarks unter besonderer Berücksichtigung des dänischen Kartellrechts, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», *Internationaler Teil*, 53 Jahrg., 2004, Heft 7-8, pp. 573-584.
- FARNUM, Jerome H.; TSCHÄNI, Rudolf, y HINNY, Pascal, *Swiss merger law: federal law on merger, demerger, conversion and transfer of assets and liabilities of october 3, 2003*, Swiss-American Chamber of Commerce Zürich, Swiss-American Chamber of Commerce, 2003, 57 pp.
- GERBER, David J., «Implementing competition law in Asia: using European and US experience, Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie», *Wettbewerb und Regulierung: Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, 2004, pp. 157-171.
- GNOS, Urs PP., y VISCHER, Markus, *Swiss Merger Act: an introduction to the Federal Act regarding merger, demerger, conversion and transfer of assets and liabilities (Merger Act)*, Zürich, Schulthess, 2004, 143 pp.

- GUIZZARDI, Silvia, «I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano», *Giurisprudenza commerciale*, 31.5, pt. I, 2004, pp. 1087-1102.
- HÖLSCHER, Jens, y STEPHAN, Johannes, «Competition policy in Central Eastern Europe in the light of EU accession», *Journal of common market studies*, vol. 42, núm. 2, 2004, pp. 321-345.
- KAULAMO, Katja, *Probleme des finnischen Wettbewerbs- und Marketingrechts: unter Berücksichtigung der Harmonisierung auf europäischer Ebene und mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Recht*, Köln, Heymann, 2004, 432 pp.
- KUCZERA, Markus, *Die Vermarktung von Übertragungsrechten im Fußball nach deutschem Recht und nach europäischem Kartellrecht*, München, Beck, 2004, 317 pp.
- KURKELA, Matti S., «Competition laws in international arbitration: the may, the must, the should and the should not», *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 139 årg., 2003, 6 2.420 häftet, pp. 609-621.
- MENTULA, Arttu, y RUOHONIEMI, Erkki, «The reform of Finnish competition legislation», *European competition law review*, vol. 25, issue 10, 2004, pp. 638-645.
- MICHAELS, Ralf, y ZIMMER, Daniel, «US-Gerichte als Weltkartellgerichte?», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 24 Jahrg., 2004, Heft 5, pp. 451-457.
- MONIZ, Carlos Botelho; FONSECA, Margarida Rosado da, y MELO, Pedro, «The 2003 competition law reform in Portugal», *European public law*, vol. 10, issue 1, 2004, pp. 19-32.
- MURACH-BRAND, Lisa, *Antitrust auf deutsch: der Einfluß der amerikanischen Aliierten auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nach 1945*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, 403 pp.
- NAVARRO SUAY, María del Carmen, «La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 253, 2004, p. 1085-1118.
- RENARD, Christoph, *Das französische Fusionskontrollrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 162 pp.
- RODGER, Barry J., y MACCULLOCH, Angus, *Competition law and policy in the EC and UK*, 3rd ed., Cavendish Publishing, 2004.
- SCUFFI, Massimo, «Established principles and new perspectives in the Italian antitrust case law», *Antitrust between EC law and national law*, 2003, pp. 275-316.
- SKOCZNY, Tadeusz, «Polish competition law in the 1990s: on the way to higher effectiveness and deeper conformity with EC competition rules», *Spontaneous order, organization and the law*, 2003, pp. 349-365.
- VRCEK, Bojana, «Croatian and EC competition law: State and problems of the adjustment process», *European Business Organization law review*, vol. 5, 2, 2004, pp. 363-387.
- WANG, Xiaoye, «The impacts of the WTO competition policy negotiation in China», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, *Journal of Competition law*, 2 Jahrg., 2004, Heft 3, pp. 411-422.
- WILTSCHKE, Lothar, y HEINE-GELDERN, Stephanie, «Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich: eine Übersicht über die im Jahr 2003 veröffentlichten Entscheidungen», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 50 Jahrg., 2004, Heft 8, pp. 946-970.

WISE, Michael O., «Examen du droit et de la politique de la concurrence en Pologne», *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 5, núm. 2, 2003, pp. 95-149.

WOUTERS, Jan, «Belgium: cross-border mergers and takeovers in company law and competition law: removing the final barriers», *FIDE, XX congress*, London, vol. II, 2003, pp. 113-172.

SÉPTIMA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

Austria: Bundeskanzleramt

http://

Nationalbank Österreich

http://www.nbs.or.at/

Austria: Handelsministerium

http://www.bmeia.gv.at/

Austria: Handelswirtschaftskammer

http://www.wko.at/

Bélgica: Ministère des Affaires Économiques, Organisation de Marchés
http://www.oms.be/

Brasil: Comissão de Defesa Econômica

http://www.cade.gov.br/

Demencia: Kassaügyosztály

http://www.kassakozsag.hu/

Estados Unidos: Antitrust Office

http://www.fticonsult.com/

Estados Unidos: Competition Program Office

http://www.fticonsult.com/

España: Comisión Económica

http://www.comisionecon.com/

España: Servicio de Defensa de la Competencia

http://www.sercod.es/

España: Tribunal de Defensa de la Competencia

http://www.tdcomp.es/

España: Tribunal Civil de Defensa de la Competencia

http://www.tdcomp.es/

1. UNIÓN EUROPEA

Alemania: Bundeskartellamt

<http://www.bundeskartellamt.de/>

Alemania: Monopolkommission

<http://www.monopolkommission.de/>

Austria: Bundeskartellanwalt

<http://www.bmj.gv.at/EN/justiz/content.php?nav=59>

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

Chipre: Commission for the Protection of Competition

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://www.sigov.si/uvk/index_eng.php

Estonia: Competition Board

<http://www.konkurentsiamet.ee>

España: Servicio de Defensa de la Competencia

<http://serviciosweb.meh.es/apps/dgdc>

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 Commission
<http://www.epant.gr/>

Holanda: Nederlandse Mededingingsautoriteit
<http://www.nma-org.nl/>

Hungría: Hungarian Competition Council
<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: Consumer and Competition Division, Ministry of Economics Services of Malta
http://www.mcmp.gov.mt/consumer_fairtrade.asp

Polonia: Office for Competition and Consumer Protection
<http://www.uokik.gov.pl/>

Portugal: Autoridade da Concorrência
www.autoridadedaconcorrenca.pt

Reino Unido: Competition Commission
<http://www.competition-commission.org.uk/>

Reino Unido: Office of Fair Trading
<http://www.offt.gov.uk/>

República Checa: Office for the Protection of Competition
<http://www.compet.cz>

Suecia: Konkurrensverket
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/>

Croacia: Agency for Protection of Market Competition
<http://www.crocomp.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/>

Rumania: Competition Council
<http://www.competition.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/cndc/home>

Bolivia: Portal del sistema de regulación sectorial
<http://www.sirese.gov.bo/>

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/index.asp>

Costa Rica: Comisión para la Promoción de la Competencia
<http://www.meic.go.cr/esp/promocion/index.html>

Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
<http://www.tdlc.cl>

Estados Unidos de América: US Department of Justice DOJ. Antitrust Division
<http://www.usdoj.gov/atr/>

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://clicac.gob.pa>

Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
<http://www.indecopi.gob.pe/>

Venezuela: 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://www.jftc.go.jp/e-page/>

Nueva Zelanda: Regulatory and Competition Policy Branch

<http://www.med.govt.nz/about/rcpb.html>

Nueva Zelanda: Business Competition

<http://www.comcom.govt.nz/BusinessCompetition/Overview.aspx>

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.html>

Sudáfrica: Competition Comisión

<http://www.compcom.co.za>

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/>

EFTA: Court

<http://www.eftacourt.lu/>

FTAA-ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas: Grupo de Negociación sobre Política de Competencia

http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp

International Competition Network

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.html>

IEA: International Energy Agency

<http://www.iea.org>

OEA: Organización de Estados Americanos, SICE (Sistema de Información sobre Comercio Exterior)

http://www.sice.oas.org/compol/com_pols.asp

OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition

http://www.oecd.org/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/>

UE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Políticas de Competencia y del Consumidor

<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/spanish/indexsp.htm>

WTO: Organización Mundial del Comercio, La política de la competencia

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/comp_s/comp_s.htm

7. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

ABA: American Bar Association, Antitrust Section

<http://www.abanet.org/antitrust/home.html>

AEI: Brookings Joint Center for Regulatory Studies

<http://www.aei.brookings.org/>

American Antitrust Institute

<http://www.antitrustinstitute.org/>

Canadian Competition Policy Page

<http://csgb.ubc.ca/ccpp/>

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>

Findlaw

<http://lawecon.lp.findlaw.com/>

Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law

<http://www.hg.org/antitrust.html>

The Antitrust Case Browser

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/>

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.)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2003

Lluís Cases (dir.)

EL ARBITRAJE SOCIETARIO

María José Carazo Liébana

COMPETENCIA DESLEAL Y ANTITRUST.

SISTEMA DE ILÍCITOS

Juan Ignacio Font Galán

TEORÍA Y PRÁCTICA DEL BUEN GOBIERNO

CORPORATIVO

Aldo Olcese Santonja

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO

DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Y EN LA UNIÓN EUROPEA

Amadeo Petitbò Juan

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

Y COMPETENCIA DESLEAL

EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Rafael García Pérez

ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Juan Ignacio Font Galán

EL DOMICILIO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

DE CAPITAL

Patricia Benavides Velasco

fundación



9 788497 682589