

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 5



fundación



UAB

Universitat Autònoma de Barcelona



Marcial
Pons

El **Anuario de la Competencia 2005**

forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2004).

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 2005, 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 2005, 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
2005

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2005

ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
2005

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

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2005

Dirección
Lluís CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

Coordinación
Cristina PELLISÉ

*Catedrática EU de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona*

Colaboran en el Anuario de la Competencia 2005

Germà BEL

Universitat de Barcelona

Luis BERENGUER FUSTER

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Nadia CALVIÑO

Directora General de Defensa de la Competencia

Joan CALZADA

Universitat de Barcelona

Enrique CAÑIZARES PACHECO

Consultor. NERA Economic Consulting

Josep Maria CARPI BADIA

Ltrado

*Tribunal de Primera Instancia
de las Comunidades Europeas. Luxemburgo*

Miguel CUERDO MIR

Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia

Lourdes CUEVAS MIR

Subdirección General de Concentraciones

Dirección General de Defensa de la Competencia

Pedro DURÁ JUEZ

*Secretario General del Consejo Consultivo
de Privatizaciones*

Xavier FAGEDA

Universitat de Barcelona

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Magistrado

Ex Vicepresidente del TDC

*Ltrado, Jefe de Relaciones Institucionales
del Consejo General del Poder Judicial*

Jordi FORNELLS DE FRUTOS

Subdirección General de Concentraciones

Dirección General de Defensa de la Competencia

Belén IRISSARRY

Abogado. Clifford Chance

Fernando JIMÉNEZ LATORRE

Director Asociado. NERA Economic Consulting

María Luz LABRADA TELLADO

Subdirección General de Concentraciones

Dirección General de Defensa de la Competencia

Ministerio de Economía y Hacienda

Isabel LÓPEZ SANZ

*Subdirección General sobre Conductas Restrictivas
de la Competencia*

Dirección General de Defensa de la Competencia

Marta MARAÑÓN HERMOSO

Abogado. Clifford Chance

Miguel ODRIOZOLA

Abogado. Clifford Chance

José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ

*Secretario General y del Pleno del Tribunal Gallego
de Defensa de la Competencia*

Francisco MARCOS

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

Xavier MAS MÁÑEZ

Economista. Frontier Economics (Londres)

Álvaro PASCUAL

Abogado. Pérez-Llorca

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrado

Luis F. SOUTO

Doctor en Derecho por el IUE

Carmen VALVERDE MATEOS

Subdirección General de Concentraciones

Dirección General de Defensa de la Competencia

SUMARIO

**ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
2005**

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 2006 BARCELONA

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2005

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2005

2005

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

© Fundación ICO
© MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
ISBN-10: 84-9768-363-3
ISBN-13: 978-84-9768-363-0
Depósito legal: M-39.646-2006
Diseño de la cubierta: De García Diseño
Impresión: ELECÉ Industria Gráfica, S.L.
Calle Río Tiétar, 24 Algete (Madrid)
MADRID, 2006

SUMARIO

Pág.

Presentación (Presidente ICO) 11

PRIMERA PARTE. ESTUDIOS

A vueltas sobre el recurrente tema de la aplicación judicial del Derecho de la competencia (valoración de las experiencias) (Luis BERENGUER FUSTER) ... 19

La reforma del sistema español de defensa de la competencia: refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas más lesivas (Nadia CALVIÑO) 63

Protocolo de Kyoto y defensa de la competencia en la UE y en España (Miguel CUERDO MIR y Pedro DURÁ JUEZ) 85

Sobre la ejecución de las sentencias dictadas en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia (Mercedes PEDRAZ CALVO) 113

Aplicación del Derecho de la competencia en litigios privados (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ) 133

Liberalización en los servicios públicos de red (Germà BEL, Joan CALZADA y Xavier FAGEDA) 177

«*Uneven playing field*» en las industrias del gas y de la electricidad en Europa (Fernando JIMÉNEZ LATORRE) 209

El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito del control de concentraciones. ¿Un nuevo desafío o una misión imposible? (Miguel ODRIÓZOLA y Belén IRISSARRY) 239

Aeropuertos regionales y aerolíneas de bajo coste (José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ) 279

El sistema de distribución de competencias en materia de control de concentraciones en Europa: fortalezas y debilidades (María Luz LABRADA TELLADO y Jordi FORNELLS DE FRUTOS) 309

Sector postal y competencia (Isabel LÓPEZ SANZ y Carmen VALVERDE) 331

Comentarios sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia (Francisco MARCOS) 351

SEGUNDA PARTE. COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

| | |
|---|-----|
| Principios doctrinales asumidos en la jurisprudencia recaída sobre el asunto Sogecable (Lourdes CUEVAS RIAÑO) | 377 |
| Compromisos (remedios) en asuntos de concentraciones entre empresas: el control por el juez comunitario de las decisiones de la Comisión Europea (Josep Maria CARPI BADIA) | 411 |
| General Electric contra Comisión: ¿un epílogo? (Álvaro PASCUAL)..... | 435 |
| Las importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la UE: crónica de una guerra de trincheras y propuestas para un armisticio parcial (Luis F. SOUTO y Xavier MAS MÁÑEZ) | 449 |
| La decisión de la Comisión Europea en el caso Wanadoo Interactive (Enrique CAÑIZARES PACHECO) | 487 |
| Procedimientos de terminación convencional: el ejemplo del acuerdo adoptado en el seno del asunto Asempre/Correos (Marta MARAÑÓN HERMOSO). | 503 |

TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

| | |
|--|-----|
| Servicio de Defensa de la Competencia, Ministerio de Hacienda y Consejo de Ministros | 523 |
| Tribunal de Defensa de la Competencia | 529 |
| Autoridades de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas ... | 547 |
| Audiencia Nacional | 549 |
| Tribunal Supremo | 555 |
| Comisión Europea | 559 |
| Tribunal de Primera Instancia | 567 |
| Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas | 577 |

CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

| | |
|--------------------|-----|
| España | 587 |
| Unión Europea..... | 591 |

QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

| | |
|---|-----|
| Recommendation of the council on merger review | 601 |
| Best practices for the formal exchange of information between competition authorities in hard core cartel investigations..... | 607 |

Pág.

| | |
|--|-----|
| Formas de aplicar los posibles acuerdos internacionales sobre la competencia a los países en desarrollo, entre otras cosas mediante un trato preferencial o diferenciado, con miras a que esos países puedan adoptar y aplicar un derecho y una política de la competencia compatibles con su nivel de desarrollo económico..... | 613 |
| The competition principle as a guideline for legislation and state action - the responsibility of politicians and the role of competition authorities..... | 641 |

SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

| | |
|----------------------|-----|
| España | 651 |
| Unión Europea..... | 658 |
| Otros sistemas | 704 |

SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

| | |
|-------------------------------------|-----|
| Unión Europea..... | 711 |
| Europa no comunitaria | 713 |
| América | 713 |
| Asia y Australia | 714 |
| África..... | 715 |
| Organizaciones internacionales..... | 715 |
| Otras direcciones de interés..... | 716 |

PRESENTACIÓN

El Anuario de la Competencia 2005 que aquí se presenta continúa y se añade a la colección iniciada hace ya diez años, que la Fundación ICO ha venido editando sin interrupción desde entonces. Al correr de la década, el Anuario se ha convertido en un valioso manual de referencia para todos aquellos que tienen que estar o, sencillamente, quieren estar al tanto de las cuestiones relacionadas con la teoría, la política y la práctica de defensa de la competencia. El bien ganado prestigio de la publicación se debe, lógicamente, a la calidad de los trabajos que se incluyen en ella y, en último término, a la rigurosa labor de selección y coordinación de su director, el Profesor Lluís CASES.

La presente edición del Anuario contiene las secciones habituales —Estudios, Legislación y Jurisprudencia, Documentación y otras— ofrecidas últimamente, pero nada se opone a que, en lo sucesivo, si se considera conveniente, se amplíe el número o la extensión de las mismas.

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas es un asunto que, cada vez más, va ocupando un lugar central en las preocupaciones de la sociedad. No podía ser de otra manera. Tal como se apunta en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley que va a regularla entre nosotros, la defensa de la competencia es «un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía». Consecuentemente, es también «uno de los elementos principales de la política económica», pues son fácilmente adivinables las consecuencias que, en un espacio abierto y globalizado, puede tener, para una empresa, un sector de actividad o todo un país, contar con áreas en las que la falta de competencia pueda distorsionar el sistema de fijación de precios y, con ello, la correcta asignación de recursos. Aunque más tardíamente que en otras, también en la sociedad española han calado estas inquietudes. Por eso, empiezan a ser relativamente frecuentes los debates sobre aspectos esenciales de la competencia. Entre ellos, los relativos a los comportamientos y las concentraciones empresariales, «la libertad de elegir, la defensa del interés público y la mayor eficacia de los procesos de mercado».

Por lo que se refiere a la regulación de nuestro marco competitivo, el acontecimiento más destacado y reciente ha sido la redacción del Ante-

proyecto de Ley de Defensa de la Competencia y la apertura de un plazo de consulta pública —que finalizó el pasado 31 de marzo— para presentar observaciones al mismo. Se continúa, de esta forma, el procedimiento iniciado con la presentación del Libro Blanco, invitando a todos los interesados a participar activamente en la confección del texto definitivo. Sin duda, esta participación directa de los agentes económicos ha servido para matizar y enriquecer muchas de las propuestas originales, en definitiva, para mejorar el contenido del Proyecto de Ley antes de que éste inicie su trámite parlamentario. Para demostrarlo creo que bastarán un par de ejemplos.

En el Libro Blanco se proponía la creación de una Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), entidad única e independiente en esta materia. Desde la Universidad de Barcelona, Joan-Ramón BORRELL y Antón COSTAS propusieron que aquel nombre se cambiara por «el más genérico de Comisión Nacional de la Competencia (CNC) o Comisión Española de la Competencia (CEC)», argumentando que con esta denominación se haría evidente que «la nueva agencia no sólo se cuida de las tareas de defensa, sino también de las de promoción». La sugerencia fue aceptada y en el Anteproyecto se propone crear la «Comisión Nacional de la Competencia», entidad con un nombre mucho más en concordancia con sus funciones generales de «promover y proteger el mantenimiento de una competencia efectiva en todos los sectores productivos y en todo el territorio nacional».

La segunda ilustración, que nada tiene que ver con la semántica, es más compleja. Un punto muy controvertido del Libro Blanco fue el relativo a la intervención del Gobierno en el control de las concentraciones, es decir, a la posibilidad de que éste, excepcionalmente, pueda tomar una decisión distinta o contraria a la de la autoridad reguladora. Aun comprendiendo las razones que justifican que el Gobierno se reserve alguna atribución en este campo, todos los comentaristas reconocían la dificultad de que aquélla pueda ejercerse sin incurrir en una excesiva discrecionalidad, insistiendo, no obstante, en la necesidad de regularla conjurando ese peligro.

En mi opinión, en el tratamiento dado a este tema se ha sabido incorporar y dar forma a aquellas reticencias y cautelas, y por eso la solución propuesta parece contar, si no con la unanimidad de los agentes, cuando menos con un amplio consenso. El artículo 62 del Anteproyecto regula la intervención del Consejo de Ministros por razones distintas de la defensa de la competencia y el artículo 10, a efectos de lo previsto en aquél, los criterios de interés general que se contemplan. A este respecto se señala que: «En particular, se entenderán como tales los siguientes: defensa nacional, protección de la seguridad o salud públicas, protección de los derechos y libertades constitucionales, libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, unidad de mercado nacional y equilibrio territorial, protección del medio ambiente, política sociales, protec-

ción del pluralismo informativo, promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos y garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial».

Con esta ordenación legislativa queda a salvo el principio de que «la decisión de autorizar, condicionar o bloquear concentraciones debe recaer en una autoridad independiente», la CNC, y al mismo tiempo se acota la posible actuación del Gobierno por razones de interés público. En conclusión, queda bien claro que ésta tendrá que estar debidamente motivada y, según se acaba de indicar, basarse en los criterios tasados en la ley.

Estos ejemplos, a los que podrán añadirse muchos otros, sirven para ilustrar el acierto que ha supuesto someter al juicio de los interesados, primero, el Libro Blanco sobre la Reforma del Sistema y, después, el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia. Qué duda cabe que este procedimiento —tan frecuente en la práctica anglosajona y tan poco seguido en la nuestra— habrá permitido incorporar al Proyecto de Ley muchas de las ideas de los agentes económicos y sociales sobre este asunto.

Al igual que el año pasado, quiero aprovechar la oportunidad que me brinda esta Presentación para apuntar en ella algunas observaciones en torno a la reforma de nuestro sistema de Defensa de la Competencia. Para ser más preciso, a la parte que se refiere a la concesión de ayudas públicas. A este respecto, quiero insistir en que el ICO comparte, sin ninguna reserva, el principio de que la concesión de dichas ayudas debe efectuarse sin falsear las reglas del juego limpio entre empresas. En relación a estas ayudas, lo primero que debe advertirse es que en el Anteproyecto, contra lo que se apuntaba en el Libro Blanco, no se ha revisado su definición, por lo que hay que entender, hasta que se diga otra cosa, que sigue siendo la misma que figura en el artículo 19 de la vigente LDC. Así pues, deben conceptuarse como ayudas públicas «las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores y las empresas en condiciones de mercado». Dentro de esta definición quedan incluidas las ayudas financieras, es decir, las subvenciones al interés o al principal de determinada clase de financiación ajena. Por supuesto, lo sustantivo de estas ayudas no es que los fondos subsidiados provengan de una entidad oficial o privada, sino que el coste que supone la minoración de intereses o, en general, la reducción de la carga financiera se soporte, en última instancia, por una administración u organismo público.

En el Libro Blanco se decía, a propósito de las ayudas otorgadas por la Administración, que «cabría pensar en la elaboración de un informe anual sobre ayudas públicas y competencia con el objeto de identificar

los posibles efectos distorsionadores en los mercados...». En las observaciones presentadas se ha subrayado la conveniencia de que la Comisión informase sobre la concesión de ayudas por las diferentes Administraciones. Ambas ideas se han visto plenamente aceptadas y desarrolladas en el texto del Anteproyecto. Así, entre las «otras funciones» señaladas en el artículo 28 a la CNC figura la de realizar informes generales o puntuales acerca del impacto de las ayudas públicas en la competencia efectiva, y en el punto 2 del artículo 11 se establece que: «En todo caso, la Comisión Nacional de Competencia emitirá un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España». Con dichas medidas, la CNC reforzará ostensiblemente la eficacia de sus procedimientos de seguimiento y control de las ayudas públicas.

La Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) ha observado que la concesión de ayudas ilegales pasa cada vez menos desapercibida, ya que «cualquier empresa o particular puede denunciar una ayuda del Estado ante la Comisión Europea de manera prácticamente anónima y sin incurrir en coste». Sin embargo, siendo esto así, no es menos cierto que, según señala el Círculo de Empresarios, la situación actual no es del todo satisfactoria, ya que las ayudas y ventajas que concede el Estado o las Comunidades Autónomas «son controladas por la Comisión Europea sólo en el caso de que afecten a los intercambios entre los Estados miembros de la UE». Estas ayudas y ventajas concedidas por las Comunidades Autónomas no quedan sujetas al control de la UE si no afectan al comercio intracomunitario, pudiendo, sin embargo, «dar lugar a considerables distorsiones de la competencia en el mercado nacional».

La regulación que se propone en el Anteproyecto resolverá, de una vez por todas, esta paradójica situación y hará de España uno de los países más transparentes de la Unión Europea en todo lo relativo al otorgamiento de ayudas públicas. Por lo demás, parece oportuno indicar aquí que —según señalan los despachos de CUATRECASAS, GARRIGUES, GÓMEZ-ACEBO Y POMBO y otros— una vez aprobada la Ley, la CNC «tendrá la legitimación necesaria para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos o normas adoptados por otros órganos de la Administración central o territorial que ocasionen restricciones sustanciales a la competencia».

Una antigua aspiración del ICO ha sido, y es, la de tener un conocimiento completo, sistemático y permanente de todo lo relacionado con las ayudas financieras públicas. Es decir, saber con exactitud a cuánto ascienden sus importes y qué administraciones los satisfacen, cuál es el flujo anual y el saldo vivo de los recursos a que aquéllas se refieren, qué entidades proporcionan estos fondos, y a qué sectores y clase de beneficiarios se dirigen.

El acceso a esta información, que, hoy por hoy, sólo puede obtenerse tras una ardua búsqueda, se convertirá en materia de dominio público

tan pronto como la CNC comience a elaborar sus informes anuales. A mi modo de entender, este acontecimiento va a favorecer, y mucho, la racionalización del otorgamiento de ayudas. Y ello, entre otras razones, porque permitirá comprobar que no están produciendo distorsiones de la competencia en el mercado nacional y, si así fuera, porque la CNC podrá instar inmediatamente a las Administraciones concernidas a modificar o suprimir las causas que las provocan. Servirá también para mejorar la eficacia del sistema de ayudas, dirigiéndolas hacia las actividades que, acreditando suficientes méritos para recibir las, no estén debidamente atendidas o interrumpiéndolas o reduciéndolas cuando se revelen innecesarias o redundantes.

Se ha dicho antes, pero quiero insistir, que, para el Instituto, el conocimiento cabal de todo lo relacionado con las ayudas financieras que se conceden en nuestro país es una cuestión primordial. Por una parte, porque así podrá saber cuál es, exactamente, el peso de su actividad en este campo. Por otra, porque le permitirá redefinir mejor su papel de prestamista institucional al servicio de la política económica del Gobierno y coordinarlo de forma más eficiente con la actuación de las demás administraciones.

No es ésta una simple declaración «pro domo sua». El ICO ocupa una posición destacada, y en ocasiones hegemónica, en la atención financiera a determinados colectivos —por ejemplo, a uno tan relevante como el de las pequeñas y medianas empresas— y, por eso, lo que haga o deje de hacer influye, de una forma u otra, en el funcionamiento de todo el sistema. Especialmente en la parte del mismo que se refiere al suministro de recursos a tipos de interés subvencionado.

Siendo como es una entidad distribuidora de ayudas públicas, el ICO tiene que procurar, forzosamente, que sus operaciones crediticias, además de instrumentarse de la manera más eficaz y con el menor coste para el erario, mantengan, en todo caso, el principio de igualdad de oportunidades para sus beneficiarios potenciales. Todo hace pensar que la Ley de Defensa de la Competencia, que presumiblemente entrará en vigor a comienzos de 2007, contribuirá decisivamente a que las cosas sucedan de este modo.

Aurelio MARTÍNEZ ESTÉVEZ

Presidente del Instituto de Crédito Oficial (ICO)

AVVIETAS SOBRE EL ACCIDENTE TIPIA DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE LA CIUDADELA VALORACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

INTRODUCCIÓN

El tema de la aplicación judicial de las normas de la responsabilidad del accidente tiende a ser considerado, en el ámbito de la teoría del derecho, como un fenómeno que se encuentra en el punto de encuentro de la teoría del derecho y de la práctica jurídica. El estudio de este fenómeno puede ser abordado desde dos perspectivas: la primera, desde el punto de vista de la teoría del derecho, y la segunda, desde el punto de vista de la práctica jurídica. En este estudio se abordará el tema desde el punto de vista de la teoría del derecho, con especial énfasis en la valoración de las consecuencias de la aplicación judicial de las normas de la responsabilidad del accidente.

En los primeros años del presente siglo, se ha producido una evolución de los conceptos de la responsabilidad que el tema de la aplicación judicial de las normas de la responsabilidad del accidente tiende a ser considerado, en el ámbito de la teoría del derecho, como un fenómeno que se encuentra en el punto de encuentro de la teoría del derecho y de la práctica jurídica.

1 Véase, en este sentido, el estudio de J. G. Rodríguez Cordero, "La responsabilidad del accidente en el derecho civil", *Revista de Derecho*, 1951, p. 100.

2 Véase, en este sentido, el estudio de J. G. Rodríguez Cordero, "La responsabilidad del accidente en el derecho civil", *Revista de Derecho*, 1951, p. 100.

3 Véase, en este sentido, el estudio de J. G. Rodríguez Cordero, "La responsabilidad del accidente en el derecho civil", *Revista de Derecho*, 1951, p. 100.

4 Véase, en este sentido, el estudio de J. G. Rodríguez Cordero, "La responsabilidad del accidente en el derecho civil", *Revista de Derecho*, 1951, p. 100.

5 Véase, en este sentido, el estudio de J. G. Rodríguez Cordero, "La responsabilidad del accidente en el derecho civil", *Revista de Derecho*, 1951, p. 100.

A VUELTAS SOBRE EL RECURRENTE TEMA DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA (VALORACIÓN DE LAS EXPERIENCIAS)

Luis BERENGUER FUSTER

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia *

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la aplicación judicial de las normas de la competencia, sean las nacionales o las comunitarias, ha sido objeto de múltiples comentarios, frecuentemente con ocasión de hechos consistentes en la publicación de sentencias que hacían referencia a la cuestión, o bien en la aprobación de alguna norma o documento comunitarios. Así, en los años noventa del anterior siglo, la Sentencia CAMPSA del Tribunal Supremo¹, la publicación de la Comunicación de la Comisión Europea sobre cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales en materia de competencia², o las Sentencias Delimitis del Tribunal de Justicia³ o Automec del Tribunal de Primera Instancia⁴, provocaron entre nosotros la publicación de un buen número de trabajos dedicados a la cuestión, buena parte de ellos en las propias páginas de este Anuario⁵.

En los primeros años del presente siglo, otra serie acumulada de acontecimientos ha provocado que el tema vuelva a encontrarse de plena ac-

* Obviamente las opiniones mantenidas en el presente artículo son de carácter estrictamente personal y no comprometen, ni tan siquiera indirectamente, al TDC.

¹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993. La doctrina de esta sentencia, que dificultó durante mucho tiempo la aplicación judicial del Derecho de la competencia, tuvo su continuidad en las Sentencias de 4 y 30 de noviembre de 1999, recaídas respectivamente en los asuntos UIP y Nissan.

² Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE (93/C 313/03) DOCE. C 39, de 13 de febrero de 1993.

³ Sentencia del TJ de 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis/Heninger Brau, Asunto 234/89.

⁴ Sentencia del TPI de 18 de septiembre de 1992, Automec, Asunto T 24/90.

⁵ Ver A. PETITBÒ y L. BERENGUER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, pp. 25 ss., así como la bibliografía allí citada.

tualidad, y que nuevamente se haya convertido en la causa de la publicación de un buen número de comentarios⁶.

Entre las causas que han motivado la reactualización, si es que alguna vez ha dejado de estar de actualidad, de la cuestión, se pueden citar varias, de nuevo unas comunitarias y otras españolas. La primera consiste en la aprobación por parte del Tribunal Supremo de las Sentencias Disa⁷ y Petronor⁸, que han venido a corregir la doctrina de la Sentencia CAMPSA y, en consecuencia, a facilitar la aplicación judicial de las normas de la competencia en España.

Un segundo factor puede encontrarse en la Sentencia Courage del TJUE⁹, que profundiza en la anterior jurisprudencia de los Tribunales de Luxemburgo que permitía la aplicación privada de las normas comunitarias de la competencia, en el sentido de asegurar que esa aplicación priva-

⁶ Se pueden citar, entre otros trabajos, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna y comunitaria sobre competencia en la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Situación actual y perspectivas de futuro», en *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2001, pp. 125 ss., y «Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de la competencia» en *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, pp. 157 ss.; C. FERNÁNDEZ VICÉN, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons 2001, 2002, pp. 189 ss.; F. URÍA FERNÁNDEZ, «Problemas jurídicos derivados de la concurrencia potencial de procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2004*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2005, pp. 119 ss.; Gregory V. S. McCURDY, «The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative perspective», en *ECLR*, 2004, pp. 509 ss.; S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación judicial de los arts. 81 y 82 CE a partir del 1 de mayo de 2004», en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 231, mayo-junio de 2004, pp. 4 ss.; F. GARRIDO RUIZ, «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», en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 231, mayo-junio de 2004, pp. 71 ss.; D. WOODS, A. SINCLAIR y D. ASHTON, «Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, summer 2004, pp. 31 ss.; K. LENAERTS y D. GERARD, «Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline», en *World Competition*, 27(3), 2004, pp. 313 ss.; D. CASTRO-VILLACAÑAS, «La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos Juzgados de lo Mercantil», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2.818, del 4 al 1 de octubre de 2004, pp. 3 ss.; A. CAPOBIANCO, «Private enforcement of EC competition rules: recent developments», en *Competition Law Insight*, 23 de noviembre de 2004, pp. 3 ss.; T. F. BUSCH, «Private enforcement. The US model of private treble damages actions has lessons for European jurisdictions», en *Competition Law Insight*, 13 de diciembre de 2005, pp. 6 ss.; AAVV, *Aplicació del Dret de la Competència a Catalunya. Òrgans administratius. Òrgans judicials*, Barcelona, Tribunal Català de Defensa de la Competència, 2006; J. FOLGUERA CRESPO y B. MARTÍNEZ CORRAL, «Aspectos procesales de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 241, abril-mayo de 2006, pp. 102 ss.; C. DIEMER «The Green Paper on Damages Actions form Breach of the EC Antitrust Rules», en *ECLR*, junio de 2006, pp. 309 ss.

⁷ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000.

⁸ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2001.

⁹ Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd./ Bernard Crehan*, Asunto C-453/99. Un fundado comentario sobre esta Sentencia, que viene a corregir la jurisprudencia de los Tribunales ingleses según la cual quien haya sido parte en un contrato contrario a la competencia no puede reclamar los daños producidos por éste, puede encontrarse en C. FERNÁNDEZ VICÉN, loc. cit., pp. 197-203.

da permite la acción de reclamación de perjuicios incluso por parte de quien se haya visto compelido a firmar un contrato contrario a las normas de la competencia.

El tercer factor, y sin duda el más importante, es la aprobación del Reglamento 1/2003¹⁰ y su entrada en vigor el 1 de mayo de 2004. En este Reglamento se potencia considerablemente la posibilidad de procedimientos jurisdiccionales en materia de competencia, a la vez que se incluyen por primera vez en un texto normativo normas en las que se establecen los mecanismos de cooperación entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos en los que se apliquen las normas comunitarias de la competencia.

Como consecuencia de la aprobación del anterior Reglamento, y ésta es la cuarta de las razones, se introdujo en la reforma de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹ una norma en la que, al crearse los Juzgados de lo Mercantil, se les atribúan a éstos las competencias para aplicar las normas de la competencia contenidas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

Otra causa que mantiene de actualidad el tema de la aplicación judicial de las normas de la competencia radica en el actual proceso de reforma de la legislación española de la competencia, proceso abierto con el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, y que, en la actualidad, se encuentra pendiente de la presentación del informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de marzo de 2006. Ese proceso provocará, sin lugar a dudas, la derogación del art. 13.2 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 1989, que contiene un precepto que ha limitado considerablemente las posibilidades de aplicación judicial de las normas contenidas en dicha Ley.

Finalmente podría citarse, como la más reciente causa de actualidad, la publicación del Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia¹², que tiene entre sus objetivos facilitar, e incluso promover, las acciones privadas en materia de competencia.

Todas estas razones mantienen la actualidad de la cuestión, lo cual permite analizar los diferentes problemas que se plantean. Entre ellos se pueden destacar, al menos, dos extremos: en primer lugar, se puede realizar una reflexión sobre los supuestos en los que se han aplicado, fundamentalmente por los Juzgados de lo Mercantil, las normas comunitarias de la competencia, para analizar si, hasta el momento, han funcionado los mecanismos de cooperación de los órganos jurisdiccionales y las autori-

¹⁰ 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 CE.

¹¹ Esta reforma fue aprobada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

¹² Libro Verde presentado por la Comisión el 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672.

dades de la competencia previstos en el Reglamento 1/2003. En relación con esta cuestión se puede igualmente analizar si en las sentencias dictadas hasta el momento se ha producido concordancia o discordancia con la doctrina establecida en asuntos similares en las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Hay que tener en cuenta que un buen número de las sentencias analizadas han recaído en procedimientos relativos a contratos de distribución de productos carburantes, lo cual permite contemplar las soluciones a ciertos problemas que han sido resueltos por la Comisión Europea y el Tribunal de Defensa de la Competencia y contrastarla con las de las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil. De ahí que se dediquen en este trabajo un buen número de páginas a contemplar tales aspectos.

El segundo extremo consiste en la oportunidad de resolver buena parte de los problemas que puede plantear la aplicación privada de las normas de la competencia en la reforma de nuestra Ley de Defensa de la Competencia. Para ello deberá analizarse igualmente el estado actual de la cuestión, y, fundamentalmente, el contenido del Libro Verde, para extraer conclusiones que puedan ser incorporadas a la nueva Ley.

2. BALANCE DE LA APLICACIÓN JUDICIAL EN ESPAÑA DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

Para realizar un balance sobre la aplicación judicial en España de las normas comunitarias de la competencia, hay que destacar que, como se ha indicado con anterioridad, el hecho de que buen número de las sentencias recaídas hasta el momento se refieran a contratos de distribución de carburantes permite la comparación entre los criterios mantenidos por las autoridades de la competencia en ese campo con los que se mantienen en las sentencias analizadas. Este hecho permite dedicar una especial atención a esos supuestos.

A. LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y LAS SENTENCIAS RECAÍDAS EN LAS QUE SE ANALIZAN ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN DE CARBURANTES

Si analizamos las ocasiones en las que, hasta el momento, los Juzgados de lo Mercantil han aplicado las normas comunitarias de la competencia se puede observar que una amplia mayoría de los casos analizados se refieren a contratos de distribución de carburantes para vehículos automóviles. Existen razones que justifican esta circunstancia.

En primer lugar, sin duda, el buen número de contratos existentes, porque la práctica totalidad de las estaciones de servicios existentes en

nuestro país suponen la existencia de un contrato, normalmente denominado de abanderamiento, que constituye un convenio de distribución en el que existe un distribuidor mayorista (la empresa petrolera) y un minorista (el titular de la estación de servicio), pero con multiplicidad de fórmulas contractuales y una amplísima variedad de pactos. Estos contratos constituyen, en principio, acuerdos verticales de compra exclusiva, que están incluidos en la prohibición del art. 81.1 del Tratado, si bien pueden merecer la exención del art. 81.3 del mismo.

En segundo lugar, la regulación de estos contratos, desde la óptica de las normas comunitarias de la competencia, estaba contenida en el Reglamento 84/83¹³, que era uno de los Reglamentos de Exención por Categorías en cuya redacción había imperado un excesivo formalismo que ha sido criticado —y parcialmente corregido— con ocasión de la profunda revisión de las normas comunitarias de la competencia llevada a cabo a partir del final de los años noventa del pasado siglo. Estando en vigor ese Reglamento, se contenía una regulación tan minuciosa de las cláusulas prohibidas y permitidas que la norma comunitaria se había convertido, o al menos así acostumbraba a ser interpretada, en una especie de ley contractual que regía la totalidad de las relaciones de las partes, es decir, como una norma de Derecho privado y no como un Reglamento que eximiera de la prohibición del art. 81.1 a los contratos que reunieran determinadas características, es decir, a una norma que contemplara exclusivamente las cuestiones de competencia. La derogación de ese Reglamento, y la aprobación del Reglamento 2790/99¹⁴, ha venido a corregir parcialmente, pero sólo parcialmente, esta circunstancia.

En tercer término, analizando la realidad del sector se puede llegar a la conclusión de que existe una variada gama de contratos en los que las partes, normalmente las petroleras, que son las que los suelen imponer, pretenden evadirse de algunas de las prohibiciones contenidas en los Reglamentos de Exención por Categorías, particularmente en los extremos relativos a la fijación vertical de precios y a la duración de los contratos, aunque también en otras cuestiones tales como la imposición de exigencias accesorias como, por ejemplo, las consistentes en la imposición de venta de productos lubricantes de la misma marca de la petrolera, con carácter exclusivo.

Por último debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado en la Sentencia DISA¹⁵ que un contrato entre una petrolera y un titular de una estación de servicio es susceptible de vulnerar el art. 81.1 del Tratado (y no sólo las normas nacionales de la competencia) porque existe

¹³ Reglamento (CEE) núm. 1984/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

¹⁴ Reglamento (CE) núm. 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

¹⁵ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000.

afectación al comercio entre Estados miembros, en la medida en que un contrato de compra exclusiva puede impedir la entrada de otros operadores de los restantes Estados miembros. Esta afirmación, presente en unos momentos en los que existe la paradoja de que pueden ser aplicadas las normas comunitarias de la competencia por los Juzgados de lo Mercantil, mientras que no pueden serlo las normas nacionales, ha facilitado que quienes se consideran lesionados por ciertos contratos acudan a la jurisdicción a obtener satisfacción de sus pretensiones.

Todo este conjunto de circunstancias ha motivado una cierta incertidumbre sobre la legalidad o ilegalidad de ciertos contratos, y de ahí su conflictividad. Esta conflictividad no sólo se acredita en el número de sentencias hasta el momento dictadas por los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil, sino también en el buen número de resoluciones del TDC dictadas sobre el particular. Será necesario realizar un análisis de cómo han afrontado hasta el momento estos problemas el TDC, los Juzgados, y hasta la Comisión Europea¹⁶, para realizar un cierto balance de la experiencia de la aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia.

a) *Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia*

Aun cuando la complejidad y la variedad de los contratos, que genéricamente pueden denominarse como de abanderamiento, de distribución de productos carburantes para vehículos automóviles sea considerablemente amplia, son dos los aspectos que deben analizarse de forma primordial, los relativos a lo que genéricamente pueden denominarse como contratos de agencia o comisión, y posteriormente las fórmulas utilizadas para realizar transferencias de propiedad del inmueble donde se ubica la estación de servicio, particularmente la constitución de derechos de usufructo o superficie.

i) Los contratos de agencia y comisión

Con frecuencia los contratos de distribución se denominan como contratos, bien de agencia, bien de comisión, con la poca oculta intención de

¹⁶ En estos momentos está pendiente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la CE planteada por el Tribunal Supremo español en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2002 por la que se desestimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998, en la que se declaraba que determinados contratos sometidos a su consideración eran contratos de agencia o de comisión, y, por lo tanto, excluidos de la aplicación del Reglamento 1984/83. Este extremo, ratificado por la Audiencia Nacional, no debe quedar claro para el Tribunal Supremo, que ha planteado la cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre si los contratos denominados por las partes como de agencia o comisión están sujetos al Reglamento 1984/83.

que tales contratos no queden sometidos a las normas de la competencia. En efecto, ni el agente ni el comisionista se pueden considerar, de acuerdo con la legislación mercantil, como empresarios independientes del empresario principal (en este caso la petrolera), por lo que este tipo de contratos, en principio, no puede quedar incluido en la prohibición del art. 81.1, por faltar el elemento de bilateralidad que exige tal precepto.

La cuestión, planteada en esos términos, resulta clara. Lo que ocurre es que, con cierta frecuencia, las cláusulas contenidas en los contratos denominados como de comisión o agencia exceden de las normas que rigen ese tipo de contratos, por lo que se podría alegar que se trata de contratos simulados que disimulan auténticos contratos de venta en firme del combustible, en cuyo caso el falsamente denominado agente o comisionista actuaría como auténtico revendedor, es decir, como un empresario independiente, y, en consecuencia, aparecería la bilateralidad que constituye el elemento necesario para la aplicación del art. 81 y de los Reglamentos de Exención por Categorías.

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha analizado en diferentes resoluciones la cuestión y la ha resuelto de forma aparentemente contradictoria, en el sentido de que se puede observar una línea que se desliza desde posturas más aparentemente favorables a estimar que los contratos son auténticos contratos de comisión o agencia, a otras en las que, tras analizar el contenido de los mismos, se llega a la conclusión de que se trata de contratos que se pueden asimilar a los de venta en firme. Aun a riesgo de adelantar las conclusiones, se puede afirmar que esa contradicción entre unas resoluciones y otras es más aparente que real. Al fin y al cabo no se trata de calificaciones jurídicas diferentes sobre idénticos o similares contratos, sino de análisis de contratos diferentes, de cuyos análisis se obtienen conclusiones diferentes. Aunque quepa también decir, en honor a la verdad, que en las más recientes resoluciones del TDC, en las que se tiende a afirmar que los denominados contratos de agencia o comisión son contratos simulados, se produce un análisis más detallado de las cláusulas contenidas en los mismos¹⁷.

¹⁷ Es cierto que para justificar, si cabe, este cierto cambio de orientación consistente en un análisis más en profundidad del contenido de los contratos, hay que tener en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, que las primeras resoluciones en las que, mayoritariamente, se tiende a considerar que los contratos de agencia o comisión merecen tal nombre, recayeron en expedientes de recurso contra actos de archivo o sobreseimiento del SDC, es decir, expedientes en los que el Servicio ya había calificado los contratos y en los que las posibilidades de análisis eran considerablemente más limitadas, ya que el Tribunal se limita, por lo general, a analizar el texto de los contratos, sin que obren en el expediente pruebas de la forma en la que tal contrato se ha aplicado. Por el contrario, las resoluciones más recientes recayeron en expedientes sancionadores en los que, por su propia naturaleza, es posible un análisis más profundo de todas las cuestiones planteadas, y, además, la instrucción realizada por el Servicio había sido mucho más rigurosa. En segundo lugar, ya habían sido publicadas las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales en las que, como a más adelante se observará, se habían planteado cuestiones relativas a los contratos de agencia a los que, en determinadas circunstancias, podría resultarles de aplicación el art. 81.1 del Tratado.

En la Resolución Petrodis de 30 de junio de 1996¹⁸, el Tribunal consideró que las normas de la competencia no se podían aplicar al contrato que habían suscrito la petrolera Petrodis y el titular de una estación de servicio por considerar que se trataba de un contrato de agencia en el que el empresario principal asumía todos los riesgos del producto. El argumento fundamental para sostener este criterio consiste en afirmar que la propiedad de carburante suministrado pertenecía, hasta el momento de su venta al por menor, a la petrolera.

Por el contrario, en la Resolución Gasolineras de Canarias de 20 de julio de 1996¹⁹, el Tribunal concluyó que en los contratos de concesión que ligan a la petrolera Disa con los titulares de las estaciones de servicio, reciban la denominación que reciban, estos últimos son empresarios independientes y, por lo tanto, los contratos deben someterse a las normas de la competencia.

En la Resolución BP Oil España de 13 de enero de 1997²⁰, el Tribunal hizo suyas las conclusiones del Servicio en las que se consideraba que el contrato objeto de la denuncia era un contrato de agencia al que no se le podían aplicar las normas de la competencia.

En el año 1998 se planteó de nuevo la cuestión en la Resolución Cepsa de 1 de abril²¹. Al analizar los contratos denominados como de comisión, el Tribunal continuó manteniendo su criterio anterior respecto al hecho de que, puesto que el llamado comisionista no asumía el riesgo ni la propiedad del carburante, no podía hablarse de contratos entre empresarios independientes y, por lo tanto, no se les debían aplicar las normas de la competencia. En este expediente concurrían dos circunstancias que posiblemente no fueron valoradas por el Servicio y el Tribunal. En primer

¹⁸ Resolución Petrodis de 30 de junio de 1996, Expediente R146/96. En ella se afirma: «*Tanto de los términos del propio contrato como de su práctica se deduce claramente que se trata de un contrato de suministro en exclusiva en el que Landete es un agente comercial de Petrodis en la distribución de combustibles y carburantes sin asumir los riesgos de la gestión*».

¹⁹ Resolución Gasolineras de Canarias de 20 de julio de 1996, Expediente R155/96.

²⁰ Resolución BP Oil España de 13 de enero de 1997, Expediente R172/96. En ella se recoge el criterio del SDC cuando afirma que «*para que exista una práctica colusoria restrictiva de la competencia se produce ante todo un consenso de voluntades de personas distintas dotadas de libertad económica para decidir*» y «*tanto los agentes comerciales como los mediadores o comisionistas carecen de esa libertad, pues su actividad es complementaria de la del empresario por el que actúan*». En consecuencia, «*la prohibición del art. 1 de la Ley 16/1989 no es aplicable a los contratos concertados por los comisionistas, agentes comerciales o mediadores con otros empresarios*». El TDC asumió tales argumentos y desestimó el recurso.

²¹ Resolución Cepsa de 1 de abril de 1998, Expediente R280/97. Se trataba de una denuncia presentada por la Confederación de Estaciones de Servicio por cometer diversas prácticas restrictivas de la competencia, acompañando, a tal fin, diversos modelos de contratos. A los efectos que ahora nos ocupan, se adjuntaron algunos contratos que se calificaban como contratos de agencia «disfrazados» porque no tenían todas las características exigidas para ello en la legislación mercantil. El Tribunal asumió, sin más, su anterior tesis de que los contratos de agencia no están sometidos a las normas de la competencia. La Audiencia Nacional confirmó, en este apartado, la Resolución del Tribunal, y recurrida su sentencia en casación, como se menciona en la nota 16, se ha planteado la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

lugar, que en los contratos se preveían ciertas obligaciones sobre la publicidad que, en opinión del Servicio, no podían estar amparadas por el Reglamento 1984/83, pero no resultaron enjuiciadas por haber sido suprimidas a iniciativa de Cepsa; por otro lado, existía una referencia al período de duración de los contratos, en el sentido de que Cepsa, a iniciativa de la Comisión Europea, había notificado la posibilidad de acortarlo. Estos hechos parecen conducir a la conclusión de que, al menos en ciertos aspectos, las normas de la competencia, y en concreto el Reglamento 1984/83, resultaban de aplicación. No obstante estos elementos, se mantuvo el anterior criterio, que fue ratificado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2002²².

También en el mismo año 1998 se dictó la Resolución Repsol de 19 de mayo²³, en la que se utilizaron los mismos argumentos de la anterior resolución para llegar a la misma conclusión, es decir, que los contratos analizados deberían ser calificados como contratos de comisión y, en consecuencia, no podría serles aplicada la legislación de la competencia. El mismo criterio, consistente en considerar que a los contratos de comisión no les resulta de aplicación la normativa de la competencia, se contiene en la Resolución Cepsa-2 de 20 de abril de 1999²⁴, con la peculiaridad de que la cuestión fue analizada, a diferencia de los supuestos anteriores, en el seno de un expediente sancionador.

En algunas de las resoluciones comentadas se admite la calificación de los contratos como contrato de agencia por estimar que la propiedad del carburante pertenecía a la petrolera hasta el momento de su venta. La aplicación del mismo criterio de la propiedad lleva, por el contrario, al TDC a considerar que determinados contratos, aunque sean denominados como contratos de comisión, no resultan ser tales en la Resolución Cepsa de 20 de octubre de 1998²⁵. En los contratos analizados se estipulaba que el carburante pasaría a ser propiedad del titular de la estación de servicio desde el mismo momento de su puesta a disposición, por lo que se concluía que se estaba en presencia de un contrato entre dos partes independientes, de las cuales una compra en exclusiva a la otra derivados del petróleo para su posterior reventa a terceros. Este contrato no podría, en

²² En esta Sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó, en el apartado relativo a los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión, el recurso interpuesto. Se considera en la Sentencia que es fundamental determinar la naturaleza jurídica de los contratos, y llega a la conclusión de que son contratos atípicos, articulados sobre la base del contrato de comisión o agencia, al que se le añaden algunas cláusulas que para los representantes de las estaciones de servicio desnaturalizan la esencia del contrato de comisión, mientras que para Cepsa simplemente lo modulan. Esas cláusulas se refieren al riesgo de cobranza, que según el art. 272 del Código de Comercio es compatible con el contrato de comisión, y al traslado de la responsabilidad por pérdida del carburante que, según la Audiencia Nacional, no desnaturaliza el contrato de comisión, ya que no se incluye ninguna cláusula que impida o penalice la devolución de la mercancía.

²³ Resolución Repsol de 19 de mayo de 1998, Expediente R276/97.

²⁴ Resolución Cepsa-2 de 20 de abril de 1999, Expediente 428/98.

²⁵ Resolución Cepsa de 20 de octubre de 1998, Expediente 299/98.

consecuencia, ser calificado como contrato de comisión y, por lo tanto, debería estar sometido a las normas de la competencia.

Un cierto cambio en el análisis de los denominados contratos de comisión o agencia en el sector de distribución de carburantes se produjo en la Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001²⁶, que realizó un exhaustivo análisis de los contratos de distribución de carburantes denominados por Cepsa como de agencia o de comisión, para llegar a la conclusión de que se trataba de contratos simulados que intentan disimular un contrato de venta de carburantes para su reventa posterior. Para llegar a tal conclusión se consideró el hecho de que el titular de la gasolinera debía abonar el carburante suministrado en determinado plazo, con independencia de que lo hubiera vendido o no, circunstancia que se compaginaba difícilmente con un contrato de agencia o con uno de comisión. También sirvió para calificar los denominados contratos de comisión o agencia como contratos disimulados el hecho de que el minorista asumía la totalidad de los riesgos del carburante suministrado, lo cual no resultaba compatible con la posición del agente o comisionista. En consecuencia, se concluyó que, aunque los contratos analizados estaban integrados por componentes de los contratos de suministro en exclusiva de venta y de agencia, se asemejaban más a los primeros, y, por lo tanto, se les debían aplicar las normas de la competencia, ya que se trataba de contratos otorgados por dos empresarios independientes, que eran susceptibles de infringir los arts. 81.1 del Tratado y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Una línea argumental similar se contiene en la Resolución Repsol de 11 de julio de 2001²⁷. Como ya se ha indicado con anterioridad, en realidad el cambio introducido en estas dos últimas resoluciones no resulta tan radical como podría parecer a primera vista, en primer lugar porque, con anterioridad, el Tribunal (Resolución Gasolineras de Canarias de 30 de julio de 1996, o bien la Resolución Cepsa de 20 de octubre de 1998) ya había determinado que a determinados contratos, con independencia de su denominación como de agencia o comisión, se les debería aplicar la normativa de la competencia si se llegaba a la conclusión de que se trataba de contratos simulados. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que en las diferentes resoluciones se analizan contratos de contenido diferente, y que existe una gran variedad de ellos, buena parte de ellos redactados por el mayorista con la presumible finalidad de obviar las limitaciones de los Reglamentos de Exención por Categorías y de evitar, en la medida de lo posible, la aplicación de las normas de la competencia. En consecuencia, hay que tener en cuenta que en los diferentes expedientes se han analizado contratos diferentes, y lógicamente se han obtenido conclusiones diferentes. Pero, en cualquier caso, debe destacarse que el criterio que hasta el momento había utilizado el TDC para calificar los contratos como de comisión o de venta era el criterio de la propiedad, es decir, si la propie-

²⁶ Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001, Expediente 493/00

²⁷ Resolución Repsol de 11 de julio de 2001, Expediente 490/00.

dad de los carburantes se transfería o no al titular de la estación de servicio. Lo que ocurre es que, a partir de determinado momento, el TDC considera que, ante la complejidad de las cláusulas contractuales, el criterio de la propiedad puede resultar insuficiente. No se separa plenamente de la anterior línea argumental, y, de hecho, recoge y asume como válidos los argumentos contenidos en la Resolución Petrodis de 1996, si bien estima el Tribunal que ese criterio no puede ser aplicado a los contratos que se analizan en el nuevo expediente.

Considera el Tribunal en esta resolución que el criterio del derecho de propiedad de la mercancía, que era el vigente en anteriores resoluciones, resulta escasamente operativo cuando «los distintos elementos de riesgo que, normalmente, aparecen asociados a ese derecho se distribuyen entre ambas partes contratantes», y por ello es necesario referirse a los elementos detallados de riesgo que aparecen en los contratos. En definitiva, cuando la propiedad del carburante suministrado a la estación de servicio resulta clara, sea de la petrolera, sea del titular de la estación de servicio, la solución resulta aparentemente nítida: en el primer caso se tratará de un contrato de comisión o agencia, mientras que en el segundo será un contrato de compraventa, que ha de quedar sometido a las normas de la competencia. Pero el criterio de la propiedad del carburante no resulta aplicable en un buen número de casos de los analizados por el Tribunal en esta resolución porque en tales contratos el riesgo del daño a la mercancía aparece asignado al titular de la estación de servicio, mientras que el riesgo de fluctuación de los precios corresponde a la gasolinera. En tales casos complejos, el criterio de la propiedad del carburante no resulta aplicable. En consecuencia, los contratos en los que el riesgo de daño a la mercancía corresponde al minorista, o bien a éste se le imponen los costes financieros derivados del desfase entre ingresos y pagos, no pueden ser calificados como contratos de comisión y, por lo tanto, quedan sometidos a las normas de la competencia.

Como conclusión se puede afirmar que en los diferentes supuestos analizados en distintas resoluciones del TDC sobre contratos que pretenden ser de comisión o de agencia, el Tribunal ha analizado el contenido de los contratos para determinar si se trata de verdaderos contratos de agencia o de comisión, o bien de contratos disimulados que pretenden obviar la aplicación de las normas de la competencia. Para determinar si se encontraba en presencia de un contrato verdadero de agencia o de comisión, o bien de un contrato simulado, ha utilizado, en primer lugar, el criterio de la propiedad del carburante, y en las últimas resoluciones ha venido aplicando el criterio del riesgo, para concluir que si el riesgo del carburante, en su totalidad o en parte, lo asume el titular de la estación de servicio, no podría hablarse de un contrato de agencia o de comisión.

- ii) Contratos en los que, con carácter previo o simultáneo, se ha constituido un derecho de usufructo o de superficie a favor del proveedor

Una segunda modalidad contractual, que aparece con cierta frecuencia en contratos de distribución de carburante para vehículos automóviles analizados por el TDC consiste en una construcción negocial, a veces sumamente artificiosa, que se puede resumir en el siguiente ejemplo. El propietario de un terreno que desea construir una estación de servicio cede el derecho de superficie o el usufructo por un período de tiempo a la petrolera, que construye sobre dicho terreno una estación de servicio sobre la base del proyecto y las instrucciones del propietario, aunque normalmente el propio propietario (o nudo propietario) contribuye a sufragar parte de los gastos de esa construcción y se encarga de obtener todos los permisos administrativos requeridos para el funcionamiento de la estación de servicio. Como complemento de esa cesión, la petrolera firma un arrendamiento de industria con el propietario o nudo propietario, o bien con una persona con esté relacionada, por el mismo período de tiempo por el que se ha constituido el usufructo o la superficie. Mediante este mecanismo se consiguen evitar algunas de las limitaciones establecidas en los Reglamentos de Exención por Categorías vigentes en cada momento para la distribución de carburantes, particularmente la limitación temporal.

En las ocasiones en las que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha analizado las cuestiones relacionadas con arrendamientos de industria de estaciones de servicio situadas en terrenos en los que el proveedor era titular de un derecho de superficie o usufructo y de los que anteriormente la plena propiedad correspondía al arrendatario-revendedor ha establecido algunos criterios.

En primer lugar ha diferenciado los supuestos en los que era de aplicación el Reglamento 1984/83²⁸ de los que resultaba de aplicación el Reglamento 2790/99²⁹, realizando en el segundo de estos supuestos una interpretación más estricta en cuanto a la utilización de fórmulas que trataban de eludir las limitaciones a la duración de los contratos de distribución de carburantes. Para realizar este diferente tratamiento se parte del hecho de que el nuevo Reglamento es más restrictivo para la aplicación de la excepción a la duración de los contratos en los supuestos en los que el gestor del punto de venta coincide con el propietario del terreno en el que éste se ubica, como se señala en la Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001³⁰.

²⁸ Reglamento (CEE) núm. 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinada categoría de acuerdos de compra exclusiva.

²⁹ Reglamento (CE) núm. 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

³⁰ Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001, Expediente 493/00.

En los contratos a los que resultaba de aplicación el primero de los Reglamentos citados, el Tribunal ha analizado si el mecanismo consistente en la constitución del derecho de superficie o usufructo constituía o no un mecanismo para eludir el período de duración máxima establecido para los contratos de compra exclusiva, y para ello, el primer elemento para determinar si ese mecanismo resulta o no lícito consiste en «el criterio de la inversión auténtica». Según este criterio, hay que tomar en consideración si el usufructuario o el titular del derecho de superficie han realizado o no una inversión auténtica en las instalaciones de la estación de servicio. Así, en la mencionada Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001 no se sancionó al proveedor por la utilización del cruce de contratos, por considerar que no había resultado acreditada la conducta de la que le acusaba el Servicio, que consistía en haber firmado un contrato de distribución de carburantes cuyo plazo excedía del máximo permitido en el Reglamento de Exención por Categorías, sin poder acogerse a la excepción prevista en el art. 12.2 del mismo para la ampliación del plazo de los contratos. Según el Servicio, Cepsa había utilizado una serie de prácticas, tales como la constitución de derechos de usufructo o superficie, encaminadas a alargar la duración máxima de los contratos, pero el Tribunal consideró que esa cláusula era lícita, pues cuando existen inversiones auténticas en la mejora de las instalaciones de la gasolinera en los contratos G-P-G (gasolinera, petrolera, gasolinera), los mecanismos de constitución de los derechos de usufructo o superficie no deben considerarse ficticios.

En el mismo sentido, con la Resolución Repsol de 11 de julio de 2001³¹ se produce el análisis de una serie de contratos, llegando a la conclusión de que cuando se realizan inversiones reales en la instalación de la estación de servicios no se puede considerar que el cruce de contratos (G-P-G) sea fraudulento³², y la misma tesis se mantiene en la resolución Repsol Baleares de 16 de julio de 2002³³.

El segundo elemento para determinar si el mecanismo resulta o no fraudulento consiste en «el criterio del cierre del mercado». La resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001, anteriormente citada, considera que la utilización generalizada de prácticas similares «*podría constituir un intento de cerrar el mercado, reprobable desde el punto de vista del Derecho de la competencia*», y el mismo criterio se mantiene en las resoluciones Repsol y Repsol Baleares, también anteriormente citadas.

En la Resolución de 27 de enero de 2004, Estaciones Servicio Galicia³⁴, se señala que para declarar ilícita la secuencia de contratos en virtud de los cuales el propietario de la estación de servicio cede un derecho de

³¹ Resolución Repsol de 11 de julio de 2001, Expediente 490/00.

³² En esta Resolución sólo se encuentran indicios de utilización fraudulenta de la exención del art. 12.2 del Reglamento 1984/83 en un supuesto en el que la inversión de Repsol en la gasolinera era exigua (3,6 millones de pesetas).

³³ Resolución Repsol Baleares de 16 de julio de 2002, Expediente 523/2001.

³⁴ Resolución Estaciones Servicio Galicia de 27 de enero de 2004, Expediente R566/03.

superficie a favor de un operador petrolífero, y éste arrienda, a su vez, la estación de servicio a favor del primero, es necesario demostrar que se trata de una estrategia comercial artificial para eludir la vigencia máxima permitida.

Con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha analizado una serie de contratos en un expediente de autorización singular³⁵, denegando ésta para una serie de contratos tipo G-P-G en los que el propietario de la estación de servicio constituía un derecho de superficie o de usufructo a favor del operador petrolífero, que a su vez cedía al primero la estación de servicio en arrendamiento de industria por el mismo plazo del usufructo o la superficie.

En consecuencia, la doctrina del TDC ha sufrido una modificación como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Exención por Categorías, que se muestra más restrictivo a la hora de considerar como lícitas determinadas secuencias sobre la propiedad de la estación de servicio, que combinan la constitución de los derechos reales de usufructo o superficie con el arrendamiento de industria, cuando se mezclan la condición de propietario (o nudo propietario) del terreno con la de arrendatario de industria.

b) *La posición de la Comisión Europea*

La Comisión Europea se ha planteado algunas de las cuestiones derivadas de la consideración de algunos de los contratos de distribución de carburantes que se habían analizado por las autoridades españolas de la competencia. Así, al aprobar las Directrices relativas a las restricciones verticales³⁶ incluyó algunos extremos que podrían ayudar a la interpretación y análisis de las complejas relaciones contractuales anteriormente aludidas. Así, en primer lugar, se analizaron los problemas planteados por los contratos de agencia para las normas de la competencia en el apartado 2 (parágrafos 12 a 21, ambos inclusive). Según las Directrices para determinar si nos encontramos ante un verdadero contrato de agencia, habrá que proceder a analizar si el agente asume el riesgo financiero y comercial³⁷, pues si el agente asume tales riesgos se le aplicarán las normas de la competencia, con independencia de la denominación que se le dé al contrato. El análisis del riesgo ha de realizarse caso a caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación, y no la forma jurídica del acuerdo, teniendo en cuenta si la propiedad del producto se transmite al agente o si éste realiza alguna de las siguientes actividades (la lista no es exhaustiva):

³⁵ Resolución Contratos BP Oil España de 30 de marzo de 2005, Expediente A325/02.

³⁶ Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales, de 13 de octubre de 2000 (DO C 291).

³⁷ Parágrafo 14 de las Directrices citadas en la nota anterior.

- Contribución a los costes relacionados con el suministro o adquisición de bienes o servicios.
- Inversión en promoción de ventas.
- Mantenimiento bajo su propio riesgo de existencias de los bienes cubiertos por el contrato.
- Creación y explotación de un servicio de venta y posventa o de un servicio de garantía.
- Organización de una red de distribución con inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o personal.
- Responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido.
- Responsabilidad por el impago de clientes por el producto vendido, a excepción de las garantías por riesgo de impago³⁸.

Si el agente realiza alguna de estas actividades o asume el riesgo de la mercancía, hay que entender que no nos encontramos ante un contrato de agencia genuino y, en consecuencia, se aplica el art. 81.1 del Tratado.

En cuanto a los verdaderos contratos de agencia, se establece que se aplican las normas de la competencia cuando existen determinadas cláusulas, tales como las de prohibición de competencia³⁹, las que facilitan la colusión⁴⁰, las que impiden al agente reducir los precios con cargo a su propia comisión⁴¹ o cuando el contrato sirva de instrumento para aplicar un acuerdo horizontal o una práctica concertada⁴², que son contrarias a tal espíritu.

³⁸ Parágrafo 17 de las Directrices. En el parágrafo 20 de las mismas se establece con referencia a la lista incluida en el párrafo anterior: «Esta lista no es exhaustiva. No obstante, si el agente ejerce una o varias de las actividades señaladas, en principio puede aplicarse el apartado 1 del art. 81 como en el caso de cualquier otro tipo de acuerdo vertical».

³⁹ El parágrafo 19 de las Directrices establece que «(l)as cláusulas de prohibición de la competencia, incluidas las disposiciones de inhibición a posteriori de la misma, se refieren a la competencia intramarca y pueden infringir lo dispuesto en el apartado 1 del art. 81 si conducen a la exclusión del mercado de referencia en el que se compran o venden los bienes o servicios objeto del contrato».

⁴⁰ Las Directrices en el parágrafo 20 señalan: «Un acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales correspondientes, si facilita la colusión. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si una serie de principales utilizan los mismos agentes al tiempo que impiden a otros emplear a estos agentes o si los utilizan para coludir una estrategia de mercadotecnia o para intercambiar información de mercado sensible entre los principales».

⁴¹ «En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81... toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del art. 4 del Reglamento de Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin reducir los ingresos del principal» (parágrafo 48 de las Directrices).

⁴² En el parágrafo 21 de las Directrices se señala: «Un acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales correspondientes, cuando sirva de instrumento para aplicar un acuerdo horizontal o una práctica concertada».

Como puede fácilmente deducirse del análisis del contenido de las Directrices, se pueden establecer distinciones entre contratos de agencia genuinos y no genuinos, pues cuando, con independencia de la fórmula jurídica adoptada o de la denominación del contrato, el así llamado agente asume los riesgos, no se trata de verdaderos contratos de agencia, puesto que son contratos entre empresarios independientes a los que se les aplica el art. 81.1 y el Reglamento de Exención por Categorías en toda su extensión.

Por su parte, si bien no existe en el texto de las Directrices ningún párrafo expresamente referido a la aplicación de las normas de la competencia a los contratos en los que se acude a la constitución de derechos de superficie o usufructo, sí que debe entenderse que se refiere a este tipo de contratos cuando se alude a que cuando se acude a «construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años» no se le aplica la excepción del Reglamento 2790/99, según la cual la duración máxima de cinco años para los contratos no rige cuando los bienes o servicios se revenden desde locales o terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con él⁴³.

La Comisión, en una Decisión⁴⁴ ha aplicado estos principios recogidos en las Directrices y, en consecuencia, ha aceptado los compromisos presentados por Repsol en relación con sus contratos firmados para la compra exclusiva de carburantes para automóviles por parte de las estaciones de servicio en España. Tales compromisos tuvieron lugar en un procedimiento abierto a tenor de lo dispuesto en el Capítulo III del Reglamento 1/2003.

Este procedimiento tuvo su antecedente en una solicitud presentada por Repsol en el año 2001, a tenor del Reglamento 17 de 1962, para que la Comisión dictara una declaración negativa o, en su defecto, una exención individual del art. 81.3. Esta solicitud caducó en mayo de 2004 al entrar en vigor el Reglamento 1/2003, pero la Comisión decidió incoar un procedimiento a tenor de lo previsto en este último Reglamento.

El análisis de la Comisión se centra en la consideración de ocho tipos diferentes de contratos suscritos entre Repsol y las estaciones de servicio. En realidad, estos ocho contratos suponen la combinación de dos factores:

⁴³ El párrafo 49 de las Directrices establece: «El plazo máximo de cinco años no se aplica si el comprador revende los bienes o servicios “desde locales o terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el proveedor”». En tales casos la obligación de no competencia puede tener la misma duración que el período de ocupación del punto de venta por parte del comprador [letra a) del art. 5 del Reglamento de Exención por Categorías]. La razón para la existencia de esta excepción reside en que, por lo general, no resulta razonable que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde locales y terrenos de su propiedad sin su permiso: «No pueden acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años».

⁴⁴ Pendiente de publicación en el momento de la redacción de este trabajo.

el régimen de propiedad de la estación de servicio y la condición de la empresa explotadora de la misma. Según el régimen de titularidad, las estaciones de servicio pueden ser: propiedad de Repsol, propiedad de la empresa explotadora, Repsol puede tener el usufructo o bien el derecho de superficie. En estos dos últimos casos, Repsol cede en arrendamiento simultáneamente a la constitución del derecho real la explotación de la estación de servicio al nudo propietario (en el supuesto de usufructo) o al propietario del terreno (en el supuesto de superficie) o bien a una empresa ligada a ellas. En cuanto a la condición de la empresa explotadora de la estación de servicio, puede ser o agente o revendedor.

De la combinación de estos elementos surgen ocho tipos de contratos diferentes:

- a) Contrato CODO-agente.
- b) Contrato CODO-revendedor. En estos dos primeros casos, la propiedad de la estación de servicio es de Repsol.
- c) Contrato DODO-agente.
- d) Contrato DODO-revendedor. Esta tercera y cuarta modalidad surge cuando la estación es propiedad de la empresa explotadora.
- e) Contrato usufructo-agente.
- f) Contrato usufructo-revendedor. En estas dos modalidades, Repsol es usufructuario en los términos anteriormente expuestos.
- g) Contrato superficie-agente.
- h) Contrato superficie-revendedor. En los dos últimos modelos de contrato, Repsol es titular del derecho de superficie sobre el terreno en el que se construye la estación de servicio en los términos anteriormente expuestos.

En la evaluación preliminar realizada por la Comisión se observó que los contratos de distribución presentaban problemas de competencia, sin entrar a considerar si las empresas explotadoras se denominaban agentes o revendedores⁴⁵. Al continuar el procedimiento, algunos interesados manifestaron que las estaciones de servicio calificadas de agentes no eran tales, ya que no podían conceder descuentos⁴⁶, por lo que la Decisión de la Comisión hizo referencia a ello, pero terminó manifestando que los problemas derivados de esa circunstancia «*están siendo abordados por la autoridad nacional de la competencia*»⁴⁷.

En consecuencia la Comisión no entró a valorar si existían contratos denominados de agencia que no merecieran tal calificación. Sin embargo,

⁴⁵ En el Considerando 22 la Comisión señala que: «*A este respecto, según la opinión preliminar de la Comisión, era indiferente que las empresas explotadoras de estaciones de servicio se denominaran agentes o revendedores en los contratos*».

⁴⁶ En la nota a pie de página núm. 9 se hace referencia a la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001 y se señala que se requería «*un análisis más detallado para confirmar si algunas estaciones pueden considerarse agentes y si las estaciones pueden conceder descuentos*».

⁴⁷ Considerando 42. Obviamente se hace referencia a la ejecución de la citada Resolución del TDC de 11 de julio de 2001.

la Comisión aceptó compromisos de Repsol relativos a los contratos de agencia, a los que se limitaba la duración, sin distinguir si se trataba de contratos de agencia o de reventa⁴⁸. También se presentaron compromisos en el sentido de permitir los descuentos a los agentes, siempre y cuando éstos fueran a cargo de su propia comisión⁴⁹. De este hecho se deduce que, en opinión de la Comisión Europea, los contratos de agencia (debe entenderse que los contratos genuinos de agencia), de conformidad con el contenido de las Directrices anteriormente citadas, y a diferencia de lo que tradicionalmente han venido considerando las autoridades españolas de la competencia, sí que pueden ser analizados desde la óptica de las normas de la competencia, aun cuando el agente no sea un auténtico empresario.

c) *Resoluciones judiciales*

En un buen número de sentencias dictadas en procedimientos en los que se solicitaba la aplicación del art. 81 del Tratado, referidos a contratos de distribución de carburantes que eran calificados como de comisión o agencia, no se realizaron especiales consideraciones a la diferenciación entre contratos de agencia genuinos y no genuinos, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea y la doctrina del TDC, sino que se ha venido asumiendo la tesis de que tales contratos eran de agencia o de comisión mercantil y, en consecuencia, no se aplicaban las normas de la competencia⁵⁰.

A modo de ejemplo de esta interpretación cabe citar las Sentencias de 10 de junio de 2004, del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid (caso La Sabor-Repsol CPP); de 2, 7 y 23 de junio de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18), y de 31 de enero de 2005, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid desestima la demanda en base a los siguientes argumentos: a diferencia de lo señalado por el demandante en su escrito, no existe un negocio jurídico complejo, ya que los contratos

⁴⁸ Apartado B.1.a) del Anexo I de la Decisión, en el que Repsol se compromete a no celebrar acuerdos que contengan cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, sin distinguir si se refiere a acuerdos de agencia o de reventa.

⁴⁹ En el apartado B.1.b) de los compromisos presentados por Repsol y aceptados por la Comisión se señala «... en el caso de los acuerdos de agencia, en los que la empresa fija el precio de venta ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes, no impedir al agente repartir su comisión con el cliente ni imponerle restricciones al respecto, dejando plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos de la empresa como principal».

⁵⁰ Esa tesis de admitir los contratos como de agencia o comisión genuinos, sin hacer especial consideración al análisis de los riesgos, también se mantenía en algunas sentencias dictadas en procedimientos iniciados con anterioridad a la vigencia de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Valga como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2005.

de compraventa y de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento son autónomos; la voluntad de las partes fue celebrar un contrato de comisión mercantil de los previstos por el Código de Comercio, ya que no se concertó un precio de venta y sí la retribución mediante comisiones, y al tratarse de un contrato de comisión mercantil no se aplica la normativa comunitaria de competencia y, por tanto, no hay motivos para declarar la nulidad del contrato cuestionado.

Por su parte, la Sentencia de 23 de junio de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid (caso E.S. Ahigal y Melón-Repsol CPP), tras rechazar plantear la cuestión prejudicial al TJCE, como proponía el demandante, desestima la demanda partiendo de los siguientes argumentos: se trata de un contrato de comisión mercantil, puesto que no existe una cláusula sobre asunción de riesgos; la estación de servicio percibe una comisión, y el espíritu es el de agencia que perdura en el tiempo, y, por tanto, no es de aplicación la normativa de competencia. Respecto a la supuesta contradicción que pudiera haber con algunas de las resoluciones del TDC señaladas anteriormente, la Sentencia señala que las resoluciones administrativas no afectan a la sentencia civil y que ésta sólo debe ajustarse a la jurisprudencia civil. Estos argumentos son prácticamente idénticos a los ya utilizados por esta misma Sección de la Audiencia Provincial en su Sentencia de 7 de junio de 2004 (caso Melón-Repsol CPP)⁵¹. Por su parte, la Sección Novena de esta misma Audiencia Provincial de Madrid hacía un análisis similar en su Sentencia de 31 de enero de 2005 (caso E.S. Zarza y Melón-Repsol CPP) al considerar que los contratos no infringen la normativa de competencia, puesto que el estatuto de la estación de servicio es el de agente o comisión mercantil y no de revendedor. La Sentencia llegaba a esta conclusión al estimar que la responsabilidad de la estación de servicio de conservación y custodia del combustible entregado por la compañía petrolera no es incompatible con el régimen de comisión de venta en garantía y, de la misma forma, el hecho de que se trate de una empresa independiente no desvirtúa que la misma pueda formalizar un contrato de agencia con la petrolera.

No obstante, existen algunas otras Sentencias que llegan a una conclusión distinta como, por ejemplo, la de 22 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, que considera que el contrato analizado es de «agente no genuino» pero, en todo caso, estima que no existe infracción, puesto que no hay fijación de precios, dado que la estación de servicio puede hacer descuentos con cargo a su comisión. Esta Sentencia señala, en primer lugar, que la libertad contractual del Derecho español (art. 1.255 del Código Civil) admite la existencia de contratos innominados; en segundo lugar, que la asunción de riesgos propios de la compraventa por parte de la estación de servicio no implica automáticamente que

⁵¹ En esta Sentencia se señala expresamente, con el ánimo de demostrar que se trata de un contrato de comisión mercantil, que los riesgos asumidos por la estación de servicio son los mismos a los que se obliga a cualquier depositario.

ésta se convierta en revendedora, y en tercer lugar, que la naturaleza jurídica del contrato no puede evaluarse a la luz de las Directrices de la Comisión Europea ni que se pueda imponer un régimen contractual no deseado por las partes.

Por último, existen otras Sentencias, como las de 15 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, y de 10 de junio de 2004, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona (caso CLAU-CEPSA Estaciones de Servicio), que consideran que las estaciones de servicio asumen los riesgos comerciales y financieros derivados de la adquisición del combustible y, por tanto, actúan como revendedores.

Estas dos sentencias entran también a analizar las implicaciones de las cláusulas de no competencia incluidas en los contratos sometidos a cuestionamiento llegando a la conclusión en ambos casos, aunque por razones distintas, de que dichas cláusulas vulneran las normas de la competencia. En el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona se considera que la sucesión de contratos de superficie y arrendamiento es un claro fraude de ley prohibido por el Código Civil y por los Reglamentos comunitarios. Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid considera que la cláusula es ilegal porque se extiende a otros productos (lo cual estaría prohibido por el Reglamento 1984/83) y porque la cuota de Repsol supera el 30 por 100 (por lo que no sería de aplicación el Reglamento 2790/99).

El análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial gerundense, en lo relativo al reparto de derechos y obligaciones de las partes, es bastante detallado. En concreto, llega a la conclusión de que la estación de servicio actúa como revendedor porque asume obligaciones y riesgos comerciales y financieros propios de esta figura, tales como que el pago del producto se haga en nueve días, dado que no está acreditado que la rotación del producto sea inferior a ese período. De ahí, la Sentencia deriva que la normativa de competencia es plenamente aplicable al caso y considera que la duración del contrato vulnera el plazo máximo previsto por el Reglamento 1984/83, ya que la estación de servicio no era inicialmente propiedad de CEPSA y el arrendamiento es una construcción jurídica utilizada para eludir, en fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), el plazo máximo previsto. Por otro lado, la Sentencia considera que no se vulnera la norma de competencia en lo relativo a la fijación de precios dado que la estación de servicio puede realizar descuentos con cargo a su comisión.

Probablemente, la Sentencia que más ha profundizado hasta el momento en el análisis de las cuestiones de competencia relativas a los contratos que vinculan a empresas petroleras y estaciones de servicio sea la de 15 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (caso Aloyas-Repsol CPP). La Sentencia declara la condición de revendedor de la demandante y la nulidad del contrato de abastecimiento en exclusiva suscrito entre las partes pero no acoge la petición de indemniza-

ción, puesto que la responsabilidad de la nulidad corresponde a ambas partes. Curiosamente, la calificación de la estación de servicio como revendedor la hace la Sentencia como «*mero obiter dicta, sin consecuencia práctica alguna*», aunque dedica al correspondiente análisis once de sus veinticinco páginas. En estas páginas la Sentencia establece, en primer lugar, que el contrato cuestionado no es de comisión mercantil porque establece una relación estable o continuada, lo que es contrario a la naturaleza propia de aquellos contratos basada en actuaciones aisladas u ocasionales. A continuación, la Sentencia analiza la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales⁵² para tomar como punto de partida del análisis el hecho de que la distribución del riesgo financiero o comercial es un elemento determinante para valorar la naturaleza jurídica de los contratos. Con este punto de partida llega a la conclusión de que la estación de servicio asume varios de los riesgos señalados en el apartado 16 de las Directrices, en concreto: el riesgo financiero de las operaciones, ya que debe pagar a REPSOL los suministros al tiempo de hacer los pedidos o en un plazo de nueve días desde la fecha del suministro; el riesgo comercial, ya que las ventas serán al contado, el crédito que pueda conceder el agente será por su cuenta y riesgo, y en los pagos hechos a través de la tarjeta SOLRED (del grupo REPSOL) el riesgo de impago lo asume la estación de servicio; y los riesgos de pérdida o daño a la mercancía, al traspasarse el riesgo de los productos objeto de la exclusiva desde el momento que los reciba la estación de servicio e introduzca en sus depósitos, también le corresponden. De todo ello se deriva que el contrato cuestionado tiene la naturaleza de los contratos de compraventa.

A continuación, la Sentencia analiza algunas de las cláusulas más controvertidas del contrato. Respecto a las cláusulas de fijación de precios y suministro en exclusiva, la Sentencia basa su análisis en las conclusiones provisionales de la Comisión Europea en el asunto COMP/38348 REPSOL CPP SA⁵³, en la que, como se señalaba anteriormente, la Comisión estudiaba la existencia de diversos modelos de contrato de suministro en exclusiva e identificaba diversos problemas de competencia derivados de cada modelo frente a los cuales REPSOL asumió una serie de compromisos. Ante esta situación la Sentencia, en aplicación del art. 16 del Reglamento 1/2003, recuerda que no debe apartarse de la Decisión prevista por la Comisión en función de ese primer análisis.

Desde este punto de vista, la Sentencia rechaza que la cláusula de fijación de precios presente en la cláusula quinta del contrato sea una causa de nulidad del mismo, puesto que la Comisión analizó cláusulas similares que no fueron objetadas siempre que la estación de servicio pueda efectuar descuentos con cargo a su comisión.

⁵² Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291, de 13 de octubre de 2000).

⁵³ Todavía no se había aprobado la Decisión a la que se hace referencia en la nota 44.

Por lo que se refiere a la cláusula de no competencia o de suministro en exclusiva, la Sentencia declara que, en este caso, sí se trata de una causa de nulidad del contrato, ya que en la evaluación preliminar la Comisión Europea señala que las cláusulas de no competencia presentes en los contratos notificados por REPSOL pueden presentar problemas de competencia, ya que *«pueden contribuir de manera significativa a crear un efecto de exclusión en el mercado español de la venta al por menor de carburantes»*. La Sentencia, asimismo, considera que dicha cláusula no queda amparada por los Reglamentos de Exención por Categorías puesto que:

- al extenderse a los lubricantes y demás productos petrolíferos de apoyo a la automoción, la cláusula de no competencia presente en el contrato no está amparada por el Reglamento 1984/83, ya que su art. 12 declara inaplicable la exención de prohibición para aquellos acuerdos de suministro en exclusiva de carburantes y combustibles en los que el proveedor imponga al revendedor obligaciones de compra exclusiva referentes a otros productos distintos de carburantes para vehículos de motor o de combustibles si el proveedor no pone a disposición del revendedor (o financia) un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase de vehículos de motor, y
- la cláusula tampoco queda amparada por el Reglamento 2790/99, ya que este Reglamento sólo es aplicable cuando la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30 por 100.

Por último, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 7 de marzo de 2006, se plantea de nuevo la cuestión relativa a si el contrato suscrito entre el proveedor y el propietario de la estación de servicio es un contrato de agencia, como pretende el primero, o bien de compraventa, como sostiene el segundo, que es el demandante. La sentencia se limita a calificar el contrato como atípico, pero a continuación analiza, correctamente y en base a la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2000⁵⁴, si se trata de un contrato de agencia típico o de un contrato de agencia no genuino. Para llegar a una conclusión sobre tal extremo es necesario analizar quién asume los riesgos de la mercancía puesta a disposición de la estación de servicio, y al hacerlo así, la sentencia del Juzgado coincide con el análisis llevado a cabo por el Tribunal de Defensa de la Competencia en sus resoluciones⁵⁵ más recientes. En aplicación de tales criterios, la sentencia llega a la conclusión de que el titular de la estación de servicio asume los riesgos del carburante desde el momento del suministro y, en consecuencia, se trata de un contrato de agencia no genuino, al que se le aplica el art. 81.1 del Tratado, y al no poder acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamen-

⁵⁴ Ver nota 52.

⁵⁵ Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001 y Resolución Repsol de 11 de julio de 2001 (ver notas 26 y 27).

to 2790/99⁵⁶, se declara su nulidad. El demandante había solicitado, igualmente, la declaración de la nulidad del derecho de superficie del terreno sobre el que se construyó la estación de servicio, constituido a favor del proveedor, pero el Juzgado no accedió a esta pretensión⁵⁷.

B. OTRAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LAS QUE SE APLICAN LAS NORMAS COMUNITARIAS DE LA COMPETENCIA

a) *La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005 (caso Conduit/Telefónica)*

Una de las sentencias que han merecido mayores comentarios en la prensa especializada como ejemplo de aplicación judicial de las normas comunitarias de la competencia ha sido la dictada por el juez de lo Mercantil núm. 5 de Madrid en fecha 11 de noviembre de 2005, por la que, estimando parcialmente la demanda, se condena a Telefónica a pagar a Conduit Europe, s. A., la cantidad de seiscientos treinta y nueve mil tres euros, por estimar que la conducta de la demandada, al dificultar la implantación de la demandante en el mercado de servicios de información telefónica, había ocasionado perjuicios por ese importe a la demandante. Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta sentencia no puede ser considerada como un supuesto de aplicación directa de las normas comunitarias de la competencia, ya que la demanda en la que no se solicitó que se declarara que la conducta de Telefónica constituía un abuso de posición de dominio se planteó al amparo del art. 15.2 de la Ley de Competencia desleal, considerando que se habían infringido normas que tenían por objeto la regulación de la actividad concurrencial, invocando, entre otras, como normas infringidas, el art. 82 del Tratado, que prohíbe el abuso de posición dominante. Como puede observarse, el demandante asumió las tesis que habían venido defendiendo la posibilidad de obviar la prohibición del art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia mediante el ejercicio de la acción por infracción de normas prevista en la Ley de Competencia Desleal⁵⁸.

⁵⁶ Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336, de 29 de diciembre de 1999, pp. 21-25).

⁵⁷ El supuesto analizado en la sentencia que se comenta consistía en una compleja relación en la que el propietario de un terreno cede el derecho de superficie por tiempo determinado a favor de la petrolera, que construye sobre ese terreno una estación de servicio que luego arrienda al antiguo propietario del terreno, o a persona con él relacionada. Extinguido el derecho de superficie el titular de la estación de servicio, que es el propietario del terreno, adquiere la plena propiedad de la estación de servicio. La sentencia comentada, a pesar de estimar parcialmente las pretensiones del demandante, no le habrá hecho especialmente feliz, ya que, al desestimar la nulidad del contrato de cesión del derecho de superficie y al tiempo declarar la nulidad del contrato de arrendamiento de industria, el resultado fue que condenó al demandante a devolver a la petrolera la estación de servicio.

⁵⁸ Ver Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna...», en *Anuario de la Competencia 2000*, op. cit., p. 131.

b) *La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, de 7 de junio de 2005 (caso Antena 3 Televisión)*

Se trata de una Sentencia de un Juzgado de Primera Instancia porque aplica la normativa nacional de competencia en un procedimiento ordinario en el marco del planteamiento de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios que tiene como base la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993⁵⁹. Esta Resolución, declaratoria de la comisión de infracciones de los arts. 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, fue, posteriormente, confirmada por Sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo de 17 de julio de 1998 y 9 de junio de 2003, respectivamente. En virtud del art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, sólo a partir de este momento se podían iniciar las acciones de daños correspondientes, lo que implica que hubieran transcurrido más de quince años desde el momento que acaecieron los hechos denunciados con las complicaciones correspondientes, entre otros, en términos de acceso a la prueba de los daños o de establecimiento del nexo causal.

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia consideraba que el modo de adjudicación de los derechos de retransmisión de partidos de fútbol por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional era contrario a la libre competencia y, en concreto, suponía una infracción de las previstas por el art. 6 de la Ley. Asimismo, la Resolución consideraba que los acuerdos firmados por la Liga con las televisiones autonómicas y con Canal + para la cesión en exclusiva de los anteriores derechos durante ocho temporadas suponían una infracción de las previstas por el art. 1.1 de la Ley⁶⁰. Por todo ello, además de intimar al cese de estas prácticas a partir de la temporada 1993-1994, se imponía a la Liga una multa de 147,5 millones de pesetas (890.000 euros).

Una vez confirmada por el Tribunal Supremo esta Resolución, Antena 3 Televisión plantea una acción civil en la que reclama a la Liga la reparación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de sus actuaciones contrarias a la libre competencia. En concreto, identifica dichos perjuicios en el impedimento de acceso a los ingresos publicitarios derivados de la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol y los valora en 34 millones de euros más los intereses correspondientes. Según la demandante, ésta sería la cifra correcta teniendo en cuenta los ingresos que «*hubiera obtenido de no haberse visto privada de los precitados derechos de retransmisión y los resultados económicos que realmente obtuvo la actora al no poder emitir los partidos*».

⁵⁹ Expte. 319/92, Fútbol por TV.

⁶⁰ También fueron declarados ilegales los acuerdos derivados de éstos formalizados por las televisiones autonómicas y Canal + y Televisión Española.

El elemento más complicado que debía afrontar la juez de este caso era, en primer lugar, el establecimiento del nexo causal y, sobre todo, determinar la cuantía del daño. Para ello había de darse respuesta no sencilla a una serie de interrogantes tales como ¿cuál hubiera sido el precio de los derechos televisivos en un régimen de comercialización distinto al denunciado?, ¿qué hubiera ocurrido si con un régimen de comercialización de los derechos respetuoso con los principios de la libre competencia, Antena 3 no hubiera resultado adjudicatario de los mismos?, ¿cómo se valora este último escenario en el marco de la acción de daños?, ¿cuál es la diferencia entre los ingresos publicitarios obtenidos por Antena 3 tras adquirir los derechos bajo ese sistema respecto a los realmente obtenidos con una programación distinta? La determinación precisa de estas cifras exige unos ejercicios de simulación económica muy complejos, en especial, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde los hechos denunciados. La cuantificación del impacto económico para Antena 3 de los diferentes escenarios posibles en términos de costes de adquisición de los derechos e ingresos publicitarios tanto en lo relativo a las retransmisiones de fútbol como a una programación alternativa es de una gran dificultad, incluso, para un economista especializado.

Tanto el demandado como el demandante aportaron al expediente sendos estudios económicos en los que apoyaban sus pretensiones: la Liga negaba la existencia de daño, puesto que Antena 3 había obtenido ingresos publicitarios importantes con programación distinta a la retransmisión de partidos de fútbol y los cálculos que ésta hacía en su demanda en relación con el coste de estos derechos no eran reales, y, por su parte, Antena 3 cuantificaba el daño sufrido en 34 millones de euros, dado que este tipo de retransmisiones generan mayores niveles de audiencia que el resto de programas y, por tanto, obtienen mayores ingresos publicitarios⁶¹.

La fundamentación jurídica de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia parte por asumir la existencia de infracción con base en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, confirmada posteriormente por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, y centra sus esfuerzos en determinar la existencia de culpa, el nexo causal y la cuantía del daño ocasionado.

Respecto a la primera cuestión, la Sentencia zanja con rapidez la duda señalando que la declaración de las infracciones cometidas por la Liga «*bastarían por sí solas para determinar el cumplimiento del requisito de la acción culposa*».

Una vez declarada de forma tan sencilla la existencia de culpa, la Sentencia pasa a analizar la relación de causalidad entre dicha acción culposa y el supuesto daño ocasionado. De nuevo concluye que existe este nexo causal, puesto que, en la medida que la conducta abusiva de la Liga impi-

⁶¹ La demanda de Antena 3 partía de un escenario simulado en el que habría obtenido los derechos correspondientes a un tercio de los partidos de fútbol de esas temporadas.

dió a Antena 3 acceder a las imágenes de los partidos, de ello se deriva que *«existe una relación de causalidad entre el abuso de posición dominante de la Liga y los perjuicios que dicha posición causaron a Antena 3»*.

Llegados a este punto, el primer comentario que cabe hacer es que la Sentencia parece asociar la existencia de culpa con la responsabilidad de la conducta ilícita y el nexos causal con los efectos derivados de la infracción. Sin embargo, no se trata de asociaciones tan obvias como pretende identificar la Sentencia. El hecho de que una determinada conducta anti-competitiva despliegue efectos en el mercado no implica automáticamente que exista una relación de causalidad entre dicha conducta y los daños concretos ocasionados en la esfera privada de uno de los operadores del mercado.

En todo caso, es la cuantificación de estos daños a lo que la Sentencia dedica un mayor esfuerzo argumentativo. Para ello utiliza como base los estudios económicos aportados por cada una de las partes y comienza señalando que el daño a considerar *«comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener»*. La Sentencia continúa reconociendo la dificultad de determinar este lucro cesante como concepto sometido a *«todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios»*.

Partiendo de esta afirmación, la Sentencia acepta que existió un lucro cesante para la actora derivado de que el impacto de la retransmisión televisiva de partidos de fútbol no puede sustituirse por otro tipo de programación que genere similares ingresos publicitarios⁶².

A partir de esta afirmación, la sensación que se extrae de la lectura de las páginas de la Sentencia dedicadas a esta cuestión es que la juez busca determinar la cuantía de los daños partiendo del análisis crítico de los estudios económicos (o informes periciales como los denomina la Sentencia) aportados por las partes. De esta forma, el estudio que menos debilidades e incoherencias muestra es el que mayor credibilidad merece a la juez y, por tanto, más cerca se encuentra de la cifra correcta de daños a reconocer. Es decir, la juez no lleva a cabo un análisis propio, sino que toda la argumentación se dirige a analizar críticamente los estudios aportados, en particular, los elementos contradictorios presentes en ellos.

Así, el estudio aportado por el demandante parece, a juicio de la juez, contener menos incoherencias y, de esta forma, la Sentencia, finalmente, obliga a la Liga a abonar 25,5 millones de euros a Antena 3 Televisión en concepto de daños y perjuicios ocasionados por la conducta ilícita señalada. La diferencia entre lo originalmente pedido por Antena 3 (34 millones

⁶² La Sentencia llega a señalar que *«ninguna duda cabe de que la exclusión de Antena 3 de la posibilidad de retransmitir partidos de fútbol, con toda probabilidad, habrá causado a ésta una pérdida de beneficios»*. Se trata de una afirmación de carácter intuitivo, puesto que en la Sentencia no se justifica de forma clara en un análisis comparado de los ingresos publicitarios relativos a cada tipo de programación.

de euros) y lo concedido por la Sentencia se justifica por la juez en el hecho de que en el cálculo de los perjuicios deben eliminarse dos temporadas (la 96-97 y la 97-98) a las que hacía referencia Antena 3 en su reclamación, puesto que durante las mismas tuvo la posibilidad de retransmitir partidos de fútbol.

Esta Sentencia pone de manifiesto la dificultad con la que los jueces se van a encontrar a la hora de determinar la cuantía exacta de los daños ocasionados por conductas contrarias a la libre competencia. Lo más probable es que, como ha ocurrido en este caso, el juez no lleve a cabo su propio análisis, sino que trate de identificar la cifra justa en base al análisis crítico de los estudios aportados por las partes.

c) *Auto de la juez de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 21 de marzo de 2006 (asunto Gas Natural/Endesa)*

Aun cuando se trata de un auto y no de una sentencia, las repercusiones de este Auto, dictado en uno de los múltiples procedimientos instados como consecuencia de la oferta pública lanzada por Gas Natural para la adquisición de la totalidad de las acciones de Endesa, han sido considerables. En primer lugar, por la resonancia que ha tenido cualquier acontecimiento relacionado con esta OPA y, en segundo lugar, por la indudable originalidad del planteamiento del Auto.

En el mes de septiembre de 2005 Gas Natural presentó ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores una OPA sobre las acciones de Endesa. Iniciado el procedimiento de control de concentraciones a tenor de lo previsto en la Ley de Defensa de la Competencia, concluyó, con una gran conflictividad, con la aprobación de la operación con condiciones por acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006. En la misma fecha en la que fue anunciada la OPA se firmó un acuerdo entre Gas Natural e Iberdrola por el que, en el supuesto de triunfar la operación, las partes convenían la adquisición de determinados activos de Endesa por parte de Iberdrola.

La oferta de la adquisición de las acciones no fue aceptada por los administradores de Endesa y comenzó una larga lista de acciones judiciales entre las partes. Entre ellas, Endesa promovió un juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid contra Gas Natural e Iberdrola en el que, con fundamento en el art. 81 del Tratado, se solicitó la nulidad de un acuerdo entre las demandadas, al tiempo que se instaba la adopción de medidas cautelares.

La demanda no se dirigía, en primer lugar, contra el acuerdo de compraventa de activos de 5 de septiembre de 2005, sino que realizaba un planteamiento original. El demandante sostenía que la presentación de la OPA y el acuerdo de compraventa de activos no tenían justificación sin la

previa existencia de un acuerdo previo para la liquidación de Endesa y el reparto de sus activos entre las dos demandadas. En consecuencia, se presumía la existencia de ese acuerdo previo, cuya nulidad se solicitaba en el Juzgado de lo Mercantil por ser contrario al art. 81, de cuyo acuerdo eran consecuencia tanto la presentación de la OPA como el convenio de compraventa de activos.

Frente a esa tesis mantenida por la demandante, las demandadas alegaban que la decisión de presentar la OPA fue una decisión unilateral de Gas Natural, que, una vez que la adoptó, convino con Iberdrola la venta de activos.

En el Auto que se comenta, el Juzgado de lo Mercantil consideró que, dada la importancia y magnitud de la operación, resulta presumible *«la existencia de aquella concertación previa, pues no parece razonable que Gas Natural SDG, S. A., se lanzase a acometer una operación de tamaño envergadura sin tener asegurado el destino, funcional pero también financiero...; es decir, sin tener anticipadamente prevista y asegurada la plena colaboración como partícipe o coopante, en cuanto al resultado»* de Iberdrola.

Admitida la tesis de la concertación previa (tesis de la conspiración), en la pieza de medidas cautelares se suspendió ese acuerdo previo y, en consecuencia, los dos que de él se derivaban, es decir, la OPA y el acuerdo del reparto de activos.

Con independencia de lo sugerente y original que pueda ser la tesis admitida por el Juzgado, la realidad es que el Auto, así como la sentencia que recaiga en el fondo del asunto, si declara la nulidad del pretendido acuerdo previo, puede producir determinados problemas. En primer lugar, y con independencia de si en este supuesto existió o no acuerdo previo, que ésa es una cuestión de índole fáctica, la tesis mantenida limita considerablemente el sistema de control de concentraciones. Podemos imaginar innumerables supuestos en los que la decisión de iniciar una concentración implica necesariamente la existencia de un acuerdo previo a la concentración (por ejemplo, la compra de una empresa por otras dos). En Derecho europeo, al menos desde que se aprobó el Reglamento de Control de Concentraciones⁶³, se ha entendido que los problemas de competencia que pueda plantear la operación de concentración, incluidos los acuerdos previos que la hacen posible, se han de analizar en el procedimiento de control y no en un procedimiento sobre conductas prohibidas.

⁶³ La Sentencia del TJ de 17 de noviembre de 1987, en el asunto Philip Morris (British-American Tobacco y RE Reynolds), había declarado la posibilidad de aplicar el entonces art. 85 a una operación por la que una empresa adquiría otra. Esta doctrina, tras la aprobación del primer Reglamento de Control de Concentraciones en el año 1989, no había vuelto a ser aplicada. Tras la vigencia del Reglamento se venía entendiendo que el sistema de control de concentraciones absorbía la consideración de cualquier acuerdo que pudiera estar relacionado con la concentración y, en consecuencia, si ésta quedaba aprobada, quedaban igualmente aprobados todos los acuerdos que se pudieran considerar subsumidos en la operación.

En cierta medida, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid viene a suprimir la competencia de las autoridades (SDC, TDC y Gobierno) a quienes la Ley se la asigna en el procedimiento de concentraciones.

Pero, en segundo término, la interpretación del Auto comentado viene a impedir, o al menos a dificultar extraordinariamente, la búsqueda del «comprador adecuado», previsto en la Comunicación de la Comisión Europea sobre remedios en materia de concentraciones⁶⁴. Si la presentación de un comprador inicial adecuado ha de suponer la existencia de un acuerdo previo a la decisión de la concentración entre dicho comprador y quien lanza la OPA, y ese acuerdo puede ser enjuiciado como conducta anticompetitiva, con independencia del procedimiento de control de concentraciones, resulta previsible que la existencia de esa figura no va a resultar posible en Derecho español.

Indudablemente, el marasmo de procedimientos en la OPA Gas Natural/Endesa está muy lejos de concluir, y, por lo tanto, habrá que realizar un comentario definitivo, y el análisis de las conclusiones que se deriven de la decisión definitiva, una vez que haya concluido la totalidad de los procedimientos y expedientes iniciados, pero no cabe duda que del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid se plantean infinidad de cuestiones dignas de consideración, algunas de las cuales se han analizado aquí.

3. ESTADO ACTUAL DEL DEBATE

A. EL LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS

En el mes de diciembre de 2005, la Comisión Europea ha publicado un Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de la competencia, al que se acompaña un documento de trabajo⁶⁵ en el que se trata con más detalle su contenido.

⁶⁴ En la Comunicación de la Comisión de 2 de marzo de 2001 sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89, del Consejo, y al Reglamento (CEE) núm. 447/98, de la Comisión (DOCE, C 68/3), y más en concreto en su apartado 20, se prevé la existencia de un comprador inicial, en el supuesto en el que la viabilidad del conjunto de los activos desinvertidos en una operación de concentración dependan de la identidad del comprador. En esta operación no puede olvidarse que Gas Natural había intentado con anterioridad lanzar una OPA sobre Iberdrola, que no fue autorizada por la Comisión Nacional de la Energía por considerar que carecía de viabilidad económica. De hacer caso a los razonamientos de Gas Natural, debería interpretarse el acuerdo con Iberdrola como un intento de evitar que la CNE opusiera razonamientos de esa clase a la operación.

⁶⁵ Ver la página web de la Comisión. El Libro Verde ha sido objeto de múltiples comentarios. Ver, por ejemplo, Neeli KROES, «Enhancing actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe», Nueva York, Dinner Speech at the Harvard Club, 22 de septiembre de 2005; C. DIEMER, «The Green Paper...», o la intervención de Eddy de SMIJTER en la XVI Jornada Anual del TDC, de 29 de mayo de 2006.

En el año 2004 la Comisión se planteó actualizar algunos de los análisis que se habían realizado en relación con la aplicación privada de las normas comunitarias de la competencia. Es cierto que ya se había planteado por la jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios la posibilidad de que los arts. 81 y 82 del Tratado fueran aplicados por los jueces y Tribunales de los Estados miembros⁶⁶, e incluso se había publicado una Comunicación de la Comisión al respecto⁶⁷, pero el tiempo transcurrido aconsejaba la actualización de la materia, máxime cuando ciertos acontecimientos habían puesto de manifiesto la necesidad de esa actualización. Así, por una parte, en la sentencia *Courage*⁶⁸ el Tribunal de Justicia había insistido en la jurisprudencia anterior, si bien lo había hecho en términos más contundentes al establecer con toda claridad que la protección efectiva de los derechos garantizados por el Tratado requería que los individuos que sufrieran una pérdida como consecuencia de una infracción de los arts. 81 y 82 tendrían derecho a reclamar que se les compensara por dichas pérdidas, ya que tales preceptos creaban obligaciones directas y generaban derechos de los individuos, que podrían ser ejercitados ante los Tribunales de los Estados miembros. Por otra parte, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003⁶⁹ había puesto fin al monopolio de la Comisión para aplicar la totalidad del art. 81 del Tratado, al tiempo que había establecido mecanismos de cooperación en virtud de los cuales los Tribunales podían solicitar la opinión de la Comisión, y, en definitiva, la posibilidad de las autoridades de la competencia de intervenir en los procedimientos privados en los que se aplicaran los arts 81 y 82.

Con el fin de lograr esa actualización y sistematización, los servicios de la Comisión habían elaborado en el año 2004 un estudio que fue publicado en la página web de la DG Competencia el 2 de mayo de ese mismo año⁷⁰. En ese estudio se puso de manifiesto el escaso desarrollo que había tenido la aplicación privada de las normas de la competencia en Europa, a diferencia de lo que ocurría en Estados Unidos, donde la aplicación privada representaba el 90 por 100 de la aplicación general de las normas de la competencia. Entre los principales obstáculos en los que se encontraron las causas de ese escaso desarrollo, se detectaron en las legislaciones de los Estados miembros algunos obstáculos como: las restricciones a las

⁶⁶ Las sentencias han sido reiteradas, como se ha citado con anterioridad. Desde las Sentencias del TJ de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht*) y 30 de enero de 1974 (*BRT/Sabam*) los Tribunales comunitarios han venido insistiendo en la aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales.

⁶⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE, de 13 de febrero de 1993.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Courage/Crehan*, Asunto C-453/99.

⁶⁹ Reglamento CE núm. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

⁷⁰ El texto de ese estudio y los antecedentes están disponibles en la página web http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html#-damages.

reclamaciones colectivas; la necesidad de probar la intención o negligencia, además de la prueba de la infracción; el hecho de que la carga de la prueba corresponda al reclamante; los problemas para la obtención de pruebas y documentos; el hecho de que no fueran vinculantes para los Tribunales las decisiones de las autoridades de la competencia y de los Tribunales de otros Estados miembros; las dificultades para la cuantificación de los daños; la posibilidad del «*passing on defense*» o las limitaciones a la legitimación del comprador indirecto; la condena en costas del perdedor o la existencia de diferentes leyes nacionales cuando la acción incluya daños en diferentes Estados miembros.

Ante esta situación, el objetivo del Libro Verde consistió en encontrar alternativas que permitieran superar los obstáculos actuales a una mayor utilización de las acciones de daños y perjuicios, tanto en los supuestos en los que la acción civil es posterior a la decisión de la autoridad de la competencia declarando la existencia de la infracción, como en las acciones iniciadas sin ninguna decisión previa de la autoridad de competencia. A tal fin, y como quiera que el objetivo de todo Libro Verde consiste en plantear los términos del debate y analizar las posibles soluciones a los problemas detectados, se delimitaron nueve cuestiones principales:

1) *El acceso a las pruebas*. Cuando no existe una decisión previa de una autoridad administrativa declarando la existencia de una infracción, las dificultades para probar la posible infracción son evidentes, por lo que se realizan varias preguntas sobre la posibilidad de establecer mecanismos que faciliten la obtención de pruebas.

2) *La necesidad de probar la culpabilidad de la conducta*. En este apartado la Comisión plantea la pregunta de si debe exigirse el requisito de culpabilidad para las acciones de daños y perjuicios fundadas en la normativa de la competencia o si, por el contrario, la sola prueba de la infracción es suficiente, estableciendo una especie de responsabilidad objetiva.

3) *La cuantificación de los daños*. La primera de las preguntas planteadas por la Comisión sobre la cuantificación de los daños está referida al sistema de definición de los daños, abriendo la posibilidad de establecer daños punitivos. Esta cuestión, de indudable trascendencia, plantea diversos problemas que pueden conducir a diferentes soluciones. Así, por ejemplo, la finalidad de los daños punitivos consiste en fortalecer el elemento disuasorio de los procedimientos en materia de competencia, pero en Derecho europeo ese elemento disuasorio puede conseguirse por medio de las sanciones impuestas por las autoridades de competencia, por lo que si a esas sanciones se le unen indemnizaciones de daños con finalidad punitiva, se podría vulnerar el principio *non bis in idem*. Pero, por otra parte, la Comisión considera que si no se compensa a los perjudicados por las infracciones en materia de competencia más que por la cuantía exacta del daño causado, éstos no tendrán incentivos a iniciar los procedi-

mientos, y, por ello, parece decantarse por la creación de incentivos para la aplicación privada de las normas de la competencia.

La segunda cuestión planteada consiste en determinar los diferentes modelos existentes para el cálculo de los daños, partiendo de las dificultades de establecer el cálculo de daños en un juicio, dada la naturaleza económica de la infracción, así como las de reconstruir la situación que existiría de no haber ocurrido la infracción.

4) *El «passing on defense» y la legitimación del comprador indirecto.* Partiendo del hecho de que el primer perjudicado por una práctica anticompetitiva puede trasladar a sucesivos compradores parte o la totalidad del daño causado, se plantean dos cuestiones: en primer lugar, si el autor de una infracción que resulte demandado puede alegar en su defensa que el comprador directo trasladó su perjuicio a posteriores compradores («passing on defense») y, relacionado con ello, si tales compradores posteriores o indirectos están legitimados para reclamar.

Tales cuestiones plantean evidentes problemas. Si se permite excepcionar al infractor que el comprador directo ha repercutido los daños, aumentará la complejidad de la reclamación porque resulta de gran dificultad probar la distribución exacta de los daños a lo largo de toda la cadena, y los compradores indirectos pueden ser incapaces de probar la magnitud del daño y el nexo causal con la infracción, pero, por otra parte, si únicamente se permite reclamar a los compradores directos, éstos podrían verse compensados en exceso hasta llegar a supuestos de enriquecimiento injusto, ya que si han repercutido en sus compradores el importe de los daños causados, en realidad no pueden alegar perjuicios. Para dilucidar esta cuestión es necesario tener en cuenta los objetivos de la aplicación privada de las normas de la competencia, ya que si se persigue un objetivo disuasorio, lo importante será incentivar las reclamaciones y, en consecuencia, no permitir la excepción «passing-on» ni la reclamación de los compradores indirectos; si, por el contrario, se persigue exclusivamente la compensación a las víctimas, será necesario permitir la excepción y la reclamación de los compradores indirectos⁷¹.

5) *La defensa de los intereses de los consumidores.* En este apartado se parte de la dificultad de que los consumidores, al ser sus reclamaciones muy pequeñas, inicien una acción basada en el incumplimiento de las normas de la competencia, por lo que se plantea la posibilidad de permitir las acciones colectivas.

⁷¹ En la Unión Europea la mayor parte de la jurisprudencia sobre el traslado de daños no está relacionada con la normativa de la competencia, sino con otros aspectos tales como los impuestos o los subsidios. Los tribunales comunitarios no han adoptado ninguna posición en relación con la legitimación de los compradores indirectos, aunque podría deducirse de la sentencia *Courage* que se impiden las restricciones a los compradores indirectos y que, por lo tanto, tanto los compradores directos como los indirectos tienen derecho a reclamar indemnizaciones si prueban la infracción, el daño causado y el nexo causal entre uno y otro.

6) *El coste de las acciones.* El coste de los procedimientos puede actuar como elemento desincentivador del inicio de los procedimientos, por lo que se plantea si deben existir reglas especiales que faciliten el efectivo acceso a la justicia para iniciar procedimientos en materia de competencia.

7) *La coordinación entre la aplicación pública y privada.* Partiendo del hecho de que las aplicaciones pública y privada son complementarias, las acciones que se adopten en los diferentes ámbitos deben actuar de forma coordinada. Esta coordinación es especialmente importante en los casos de clemencia, ya que tanto la aplicación de los programas de clemencia como las demandas por daños y perjuicios tienen la finalidad de producir efectos disuasorios para la creación de cárteles, pero la existencia de las acciones civiles puede desincentivar las confesiones en el marco de los programas de clemencia, ya que el que confiese haber participado en un cártel puede ser condenado a pagar los perjuicios ocasionados por su conducta.

8) *Competencia judicial y legislación aplicable.* Se trata de determinar cuál debe ser la legislación aplicable cuando la infracción, los efectos e incluso los procedimientos tienen lugar en diferentes países.

9) *Otras cuestiones.* En este apartado se plantean cuestiones diversas tales como las relativas al nombramiento de expertos por el Tribunal, la suspensión de los plazos de prescripción y la posible aclaración del requisito de causalidad para facilitar la reparación de daños y perjuicios.

Indudablemente la iniciativa de la Comisión Europea al publicar el Libro Verde y contribuir al debate sobre los problemas que plantea la aplicación judicial del Derecho de la competencia resulta oportuna y positiva, aun cuando puedan plantearse ciertos reparos.

En primer lugar, los problemas apuntados en el Libro Verde son reales y merecen alguna respuesta, pero cabe preguntarse si son éstos todos los problemas planteados por la aplicación privada, y la respuesta difícilmente puede ser afirmativa. Posiblemente el principal problema, como se está poniendo de manifiesto con ocasión de la reforma de la Ley española, radica en arbitrar mecanismos que faciliten la coordinación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas de la competencia. El mecanismo previsto para esa coordinación en el Reglamento 1/2003, al menos hasta el momento, y en España no ha funcionado, y la Comisión debería preguntarse por las razones de ese no funcionamiento, máxime si, como parece ser, ése también ha sido el caso de otros Estados miembros, y la respuesta podría encontrarse en la inexistencia de disposiciones en la legislación procesal nacional para arbitrar, por ejemplo, la participación de las autoridades administrativas en los procedimientos privados. No basta con decir, como hace la Comisión, que el Reglamento resulta directamente aplicable, porque esa aplicabilidad debe resultar fácil, y si la facilidad no existe en la legislación procesal, de poco sirve la aplicación

directa del Reglamento. En las preguntas que se realizan en el Libro Verde se plantean cuestiones que, sin duda, llevarán a la conclusión de que resulta necesaria la modificación de las legislaciones procesales nacionales, y por ello, también debería haberse planteado la necesidad de otras reformas necesarias para facilitar los mecanismos de cooperación y colaboración previstos en el Reglamento 1/2003.

En segundo lugar, el Libro Verde limita las cuestiones sometidas a consideración respecto de las que se incluían en el estudio previo, e incluso en el documento de trabajo que se adjunta al mismo, y esa reducción limita el debate y deja al margen de éste algunas de las cuestiones allí planteadas.

También deberían plantearse algunas otras cuestiones. Por ejemplo, sobre el conjunto del Libro Verde y del documento de trabajo planea la idea de que la posibilidad de aplicación privada tendrá un efecto disuasorio para las infracciones de la competencia, y, como consecuencia de esta idea se plantean una serie de opciones⁷². Ahora bien, ese planteamiento, tal vez correcto, resulta novedoso respecto del realizado por las principales sentencias de los Tribunales comunitarios, en las que se establece una diferenciación entre los procedimientos en los que se persigue evitar las consecuencias negativas para el funcionamiento del mercado de las conductas anticompetitivas, es decir, se defiende el interés público, y los procedimientos privados en los que se persigue la defensa de los intereses privados⁷³. Como consecuencia de este nuevo planteamiento surgen interrogantes que se plantean en el Libro Verde, tales como la posibilidad de establecer la condena a daños punitivos, pero esta posibilidad, tremendamente novedosa para, al menos, el Derecho continental europeo, merecería un amplio debate sobre los límites entre fin público y fin privado. Es cierto que, cada vez con mayor frecuencia, las diferencias entre los procedimientos que persiguen uno y otro fin tienden a difuminarse, y el Libro Verde debería ser una buena ocasión para profundizar en el debate sobre la cuestión.

Finalmente, este Libro Verde tiene una especial trascendencia en el momento del debate español sobre la legislación de la competencia, máxime cuando uno de los puntos sobre los que más opiniones se han vertido resulta ser el de la posibilidad de facilitar la aplicación privada del Derecho de la competencia, al tiempo que ya existe un cierto número de sentencias de los órganos jurisdiccionales dictadas en aplicación de ese Derecho.

⁷² La comisaria Kroes («Enhancing Actions...», citado) insiste en esta idea y considera igualmente que la finalidad de la aplicación privada producirá una extensión de la cultura de la competencia. Esta segunda idea está igualmente presente en el documento de trabajo.

⁷³ Ver, por ejemplo, las Sentencias Automec, del TPI, y Courage, del TJ.

B. LA CUESTIÓN ANTE LA REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Con todos los antecedentes que hasta el momento han quedado expuestos, cabe plantearse cuál es el estado de la cuestión en unos momentos en los que la aprobación de una nueva Ley de Defensa de la Competencia parece inminente⁷⁴. Pero para analizar los puntos que incluye la propuesta de reforma es preciso tener en cuenta el punto del que se parte.

En la actualidad, es decir, con la normativa actualmente en vigor, el problema de la aplicación judicial del Derecho de la competencia puede ser calificado como la gran paradoja. Veamos. Por un lado, sigue vigente el art 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, según el cual no puede iniciarse una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, basada en la realización de conductas prohibidas por esa Ley, hasta que no haya una resolución firme del Tribunal que haya declarado la ilicitud de esa conducta⁷⁵, precepto éste que, lógicamente, ha dificultado extraordinariamente la aplicación privada de las normas españolas de la competencia. Pero al lado de este precepto está vigente el Reglamento 1/2003, cuyo art. 6 establece taxativamente que los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado. Para facilitar la aplicación directa de los preceptos de este Reglamento se ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial para añadir un art. 86 ter, cuyo apartado 2.f) atribuye a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer los procesos en los que se apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado⁷⁶. La cuestión no puede resultar más paradójica, ya que, en la actualidad, resulta que los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia para aplicar las normas comunitarias de la competencia, pero no la tienen para aplicar las normas nacionales de la misma materia. ¿No es cierto que la cuestión puede ser calificada como la gran paradoja?

Pero al lado de esa aproximación al problema existen otros apartados dignos de reflexión ante la reforma de la Ley española, fundamentalmente aquellos que se refieren a los mecanismos de cooperación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia.

⁷⁴ El Anteproyecto aparece colgado en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia <http://www.dgdc.meh.es>. Fue aprobado por el Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2006, y se encuentra, en el momento de redactar estas páginas, pendiente del informe del Consejo de Estado.

⁷⁵ Como se ha señalado con frecuencia (ver, por ejemplo, Carles PRAT, «La dualitat Administració-òrgans judicials: qüestions pràctiques», en *Aplicació del Dret de la Competència...*, op. cit., p. 35), el precepto contenido en el art. 13.2 sólo impide la reclamación de daños y perjuicios, pero no otras acciones, y si tal es cierto, no es menos cierto que los perjudicados por una conducta contraria a la competencia sólo tendrán incentivos para acudir a promover una acción civil si pueden incluir la correspondiente reclamación de daños y perjuicios. Y además, cualquier otra acción, aunque en teoría no esté expresamente prohibida por la Ley, es cierto que no está expresamente permitida, por lo que siempre cabrá una cierta incertidumbre sobre su prosperabilidad.

⁷⁶ Esta reforma fue introducida en 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.

En la primitiva redacción de la Ley 16/1989 no existían mecanismos de cooperación entre el SDC o el TDC, por una parte, y, por la otra, los jueces y Tribunales que pudieran aplicar el Derecho de la competencia, indudablemente por el hecho de que el esquema de la Ley era el que se reflejaba en el art. 13.2, que venía a implicar una aplicación sucesiva; esto es: en primer lugar, decidían las autoridades de competencia y, una vez firme la resolución de éstas, se podría acudir a los jueces. Sólo con ocasión de la reforma de 1999⁷⁷ se introdujo un nuevo apartado 3 en el art. 13, según el cual el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando fuera requerido para ello, podría emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que deberían abonar los autores de conductas anticompetitivas. Lo mínimo que puede afirmarse de este precepto, cuyo origen es bien conocido⁷⁸, es que nunca ha sido aplicado.

Otro tanto podría afirmarse, en líneas generales, de los mecanismos de cooperación incluidos en el Reglamento 1/2003, o aquéllos encaminados a perseguir una aplicación uniforme de las normas comunitarias de la competencia. Estos mecanismos, incluidos en los arts. 15 y 16 del Reglamento, consisten en primer lugar en los referidos a la cooperación (art. 15), que contienen tres reglas y una norma de carácter general. Según la primera de ellas (art. 15.1) se prevé que los órganos jurisdiccionales podrán solicitar que la Comisión les remita la información que obre en su poder, o bien les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia. La segunda (15.2) establece la obligación de remitir a la Comisión una copia de las sentencias nacionales en las que se apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado. La tercera norma (15.3) permite a la Comisión y a las autoridades nacionales intervenir como «*amicus curiae*» en los procedimientos en los que los órganos jurisdiccionales apliquen los arts. 81 y 82⁷⁹. Finalmente, el apartado 4 del art. 15 del Reglamento dispone que todas estas normas se entienden sin perjuicio de los poderes más amplios que las legislaciones nacionales hayan conferido a sus autoridades de competencia para formular observaciones ante sus órganos jurisdiccionales. Como se ha apuntado anteriormente, tales mecanismos de cooperación, si exceptuamos el relativo a la notificación de las sentencias a la Comisión y, en cierta medida, la solicitud de información, en nuestro país, y al menos hasta el momento, no han sido aplicados.

Por su parte, en el art. 16.1 se plantean los mecanismos para conseguir una aplicación uniforme de las normas comunitarias de la competencia

⁷⁷ La Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁷⁸ En los primeros borradores del Anteproyecto de la Ley se incluía un proyecto de precepto según el cual el TDC podría incluir en sus resoluciones condenas por indemnización de daños y perjuicios por las conductas prohibidas. Esta propuesta no superó el informe del Consejo de Estado y se tradujo en el vigente art. 13.3.

⁷⁹ Para ver los inconvenientes de esta figura sin la modificación de las legislaciones procesales nacionales ver Luis BERENGUER, «Réquiem por el Reglamento 17», en *Anuario de la Competencia* 2002, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, pp. 109 ss.

cuando intervienen o han intervenido, en un mismo asunto, un órgano jurisdiccional y la Comisión Europea. A tales efectos se prevé que si la Comisión ha adoptado una decisión, el juez o Tribunal «*no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión*». Si se ha incoado un procedimiento por el mismo hecho, los órganos jurisdiccionales deberán evitar entrar en conflicto con una decisión de la Comisión. A tal fin los órganos jurisdiccionales deberán apreciar «*si procede suspender su procedimiento*». Tampoco en esta materia parece que las previsiones del Reglamento hayan surtido especiales efectos, al menos en nuestro país, salvo el caso de la Sentencia de 15 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, señalada anteriormente, tal vez porque el sistema previsto, sin la existencia de normas procesales nacionales que amparen la previsión, resulte insuficiente. Y tal vez también porque la existencia de esas cuestiones prejudiciales administrativas no merezcan el ferviente apoyo de nuestros jueces. Y, por otra parte, podría añadirse que en el precepto existe una presencia excesiva del principio según el cual la Comisión Europea es la guardiana de los Tratados, y, por lo tanto, su criterio acerca de la aplicación de determinados preceptos de éstos ha de prevalecer, lo cual puede chocar con el principio de que la aplicación de las normas jurídicas en procedimientos privados son competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales⁸⁰. Porque para justificar esta teoría no resulta adecuado remitirse al principio de primacía del Derecho comunitario, porque una cosa es que exista esa primacía, no discutida, y otra bien diferente que la interpretación que la Comisión realice del Derecho comunitario haya de prevalecer necesariamente sobre la de los jueces nacionales.

Vistos los inconvenientes hasta el momento habidos para la aplicación de estas reglas, que, a pesar de ser directamente aplicables, no han sido frecuentemente aplicadas, a la hora de reformar la Ley resulta del todo necesario abrir el debate sobre tales inconvenientes e introducir las normas que resulten apropiadas para favorecer la coordinación entre quienes, sean órganos judiciales o autoridades administrativas, tienen competencia para aplicar el Derecho de la competencia. Y para evitar, en la medida de lo posible, resoluciones contradictorias.

Otra cuestión que debe plantearse en el momento de la reforma es la relativa a los objetivos que se persiguen con la aplicación judicial del Derecho de la competencia. Tradicionalmente se ha venido afirmando⁸¹ que la normativa de la competencia protege intereses públicos y sólo los

⁸⁰ Las reglas para la efectividad de estos preceptos fueron desarrolladas mediante la publicación de una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (DOCE, C 101/04, de 27 de abril de 2004). Un comentario sobre su contenido puede encontrarse en Luis BERENGUER, «La Comisión completa el paquete de modernización», en *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, pp. 101 ss.

⁸¹ Ver Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna...», en *Anuario de la Competencia 2000*, op. cit., pp. 127-128.

privados en la medida en la que coincidan con los públicos, y de esta diferenciación se deduce que en los procedimientos seguidos ante las autoridades administrativas se perseguirían los objetivos públicos, mientras que en los procedimientos privados se persigue la protección de intereses privados, especialmente el resarcimiento de los daños y perjuicios. Esta tesis parece estar presente en la jurisprudencia tradicional de los Tribunales comunitarios, que asignaban a la Comisión la ejecución y la orientación de la práctica comunitaria de la competencia y a los jueces el resolver los conflictos entre particulares⁸² y el mismo criterio queda reflejado en el propio Reglamento 1/2003⁸³.

Ahora bien, como resultado de la reforma y modernización del Derecho comunitario de la competencia, se está produciendo, en diversos aspectos, un progresivo acercamiento del Derecho europeo a los criterios norteamericanos para la aplicación de las normas de la competencia, y este acercamiento se ha producido igualmente en el campo de la aplicación judicial, y se traduce en el hecho de que la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales en conflictos entre particulares no sólo constituye un elemento para resarcir intereses privados, sino que tiene como objetivo, igualmente, el conseguir el adecuado funcionamiento del mercado, es decir, un interés público. Buena prueba de esta afirmación lo constituye el hecho de que el propio Tribunal de Justicia haya admitido en la sentencia *Courage* que la aplicación privada de las normas comunitarias de la competencia refuerza la operatividad de esas normas y *«puede contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad»*⁸⁴. Y por supuesto en línea con esta nueva orientación, el Libro Verde sobre las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa comunitaria de la competencia, como se ha comentado anteriormente, ha puesto el acento en el carácter disuasorio de las acciones entre particulares para evitar conductas anticompetitivas, abriendo el debate a la introducción de mecanismos, tales como la doble indemnización, que refuercen ese carácter disuasorio y, por lo tanto, la consecución de objetivos públicos en procedimientos privados. Y si tal es así, este debate debería tener algún reflejo en el proceso de elaboración de la nueva Ley de Defensa de la Competencia.

El texto del Anteproyecto que hasta el momento ha sido hecho público⁸⁵ corrige la paradójica situación a la que antes hemos hecho mención,

⁸² Ver, por ejemplo, la Sentencia del TJ de 28 de febrero de 1991 (*Stergios Delimitis/Heninger Brau*), *Rec.* 1991-I, Asunto 234/89, y la Sentencia del TPI de 18 de septiembre de 1992 (*Automec*), *Rec.* 1992-II, Asunto T24/90.

⁸³ El Considerando 7 del Reglamento señala que los órganos jurisdiccionales *«(s)alvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares»*.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Bernard Crehan/Courage Ltd.*, Asunto C-453/99.

⁸⁵ Es decir, el publicado en la página web del SDC y que ha sido sometido a los informes pre-

referida a la imposibilidad de que los jueces de lo Mercantil puedan aplicar las normas comunitarias de la competencia, pero no las nacionales. Y la corrige mediante la atribución específica a dichos Juzgados para aplicar igualmente los artículos de la Ley nacional que regulan las conductas colusorias y los abusos de posición dominante, lo cual debe celebrarse por suponer el fin de una anómala situación.

En cuanto a los mecanismos de cooperación, el Anteproyecto sigue en paralelo los previstos en el art. 15 del Reglamento 1/2003. Ya se había indicado que el mayor problema para la aplicación de ese precepto residía en la figura del «*amicus curiae*», institución propia del Derecho anglosajón pero desconocida en nuestra legislación procesal, lo cual intenta solucionar el art. 17 del Anteproyecto mediante el mecanismo de reconocer legitimación a la Comisión Nacional de Competencia (y también a las autoridades autonómicas y a la Comisión Europea) asimilándola a las partes⁸⁶, pero remitiendo las modalidades de intervención a cuanto se disponga en la legislación procesal.

Indudablemente este sistema supone una mejora respecto del régimen aplicable (o quizás debería decirse inaplicable) tras la vigencia del Reglamento 1/2003, pero aún deja innumerables puntos débiles e inconcretos, por lo que es previsible que, tras lo que se conoce de las observaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial, se introducirán ciertas reformas en el texto, reformas que deberán incluir, sin ningún lugar a dudas, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir, sin lugar a dudas e interpretaciones contrarias, la intervención de las autoridades en los procedimientos privados, bien dándoles la condición de parte, lo cual resulta cuestionable, o bien asimilándolas a una parte. Y si se ha de modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, sería necesario corregir ciertos inconvenientes que se han puesto de manifiesto al atribuir a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer de los procedimientos en los que se apliquen las normas de competencia, ente ellos el problema que se deduce de la posibilidad de alegar por el demandado el

ceptivos que señalan las leyes. No cabe duda que, como resultado de ese proceso de informes el texto del Proyecto que definitivamente apruebe el Consejo de Ministros para remitirlo a las Cortes sufrirá ciertos cambios. Y ello por no hablar de las modificaciones que puedan ser introducidas en la tramitación parlamentaria.

⁸⁶ El art. 17 del Anteproyecto establece:

«1. La Comisión Nacional de Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán formular observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de los arts. 1 y 2 de esta Ley.

2. A tal efecto, se reconoce legitimación, en los términos de los arts. 6 a 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a la Comisión Nacional de Competencia, a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a la Comisión Europea en los procedimientos relativos a la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia. En particular, el Tribunal deberá llamar al proceso a la Comisión Nacional de Competencia de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

3. La comparecencia y demás actuaciones procesales previstas en la presente Ley y en el art. 15 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 se llevarán a cabo en la forma y con los efectos que establece la legislación procesal».

incumplimiento de tales normas como excepción, o bien por vía reconvenzional, en un proceso iniciado ante un Juzgado Civil⁸⁷.

La segunda cuestión que debe abordarse en la reforma es la relativa a la necesidad de evitar resoluciones contradictorias cuando intervengan de forma concurrente autoridades administrativas y jurisdiccionales sobre un mismo asunto. También en este apartado el Anteproyecto opta por seguir el sistema previsto en el art. 16.1 del Reglamento comunitario, estableciendo en consecuencia una declaración general, que suaviza considerablemente lo dispuesto en el Reglamento comunitario, según la cual se «deberá evitar» la adopción de resoluciones contradictorias⁸⁸, abriendo la posibilidad de que el juez suspenda el procedimiento hasta que recaiga resolución administrativa⁸⁹.

En el primero de los apartados, es decir, en la conveniencia de que no existan resoluciones contradictorias, debe recordarse que ha sido una preocupación constante de las diversas autoridades comunitarias, y ha estado presente tanto en la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios como en la propia Comunicación de la Comisión de 1993 y el Reglamento 1/2003, pero tal vez esa preocupación se deba a una desmedida preocupación que algunos países centroeuropeos muestran por un determinado concepto de seguridad jurídica, en primer lugar, y, en segundo término, al deseo que la aplicación del Derecho comunitario y las decisiones de la Comisión no quedaran desvirtuadas por actuaciones de órganos jurisdiccionales nacionales, pero esa preocupación no tiene por qué ser trasladada a las normas nacionales. En primer lugar, porque son muy reducidos los supuestos en los que sobre el mismo asunto intervienen autoridades administrativas y judiciales, y en segundo lugar, porque en Derecho español hay un buen número de casos en los que, en teoría, se pueden producir resoluciones contradictorias entre autoridades administrativas y judiciales y nunca se han producido especiales problemas. Sin ir más lejos, y por no salirnos del campo del Derecho de la competencia, el TDC puede, por la vía del art. 7 LDC, conocer de determinadas conductas desleales, y sobre las mismas conductas pueden pronunciarse los jueces de lo Mercantil, sin que, hasta el momento, haya sido necesario establecer mecanismos para evitar soluciones contradictorias. Y si tal es así, ¿por qué preocuparnos que pueda haberlas cuando los jueces apliquen las normas de la competencia? Está bien una preocupación de esta índole, pero llegar a imponer a

⁸⁷ Ver Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2003*, *op. cit.*, pp. 157 ss.

⁸⁸ La fórmula por la que se opta en el Anteproyecto suaviza considerablemente la recogida en el art. 16.1 del Reglamento 1/2003, que prevé de forma taxativa que los órganos jurisdiccionales «no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión», confiando carácter obligatorio a la cuestión prejudicial de carácter administrativo y planteando innumerales problemas respecto de su aplicación. Tal vez por ello en el Anteproyecto se haya optado por la fórmula «deberá evitar».

⁸⁹ Las insuficiencias de esta fórmula han sido puestas de manifiesto por Jaime FOLGUERA y Borja MARTÍNEZ CORRAL, «Aspectos procesales...», *op. cit.*, pp. 105 ss.

los jueces la obligación de admitir literalmente lo que haya decidido una autoridad administrativa, cosa que hará indudablemente aun cuando no haya una norma específica que se lo imponga, no sólo puede vulnerar nuestras normas procesales, sino que puede llegar a ser contrario a la configuración constitucional del poder judicial. Puede ser que se den dos supuestos: que la acción ante el Juzgado de lo Mercantil se inicie cuando exista una resolución firme del TDC (es decir, el mecanismo previsto en el aún vigente art. 13.2 LDC, supuesto que ha ocurrido en el procedimiento que ha dado origen a la Sentencia Antena 3, anteriormente comentada) en la que con casi plena seguridad el Juzgado de lo Mercantil asumirá la resolución administrativa previamente dictada; pero otro supuesto diferente lo constituye el caso en los procedimientos que transcurran en paralelo, en cuyo caso deberán entrar en juego los mecanismos de cooperación y, en particular, la posible suspensión del procedimiento. En este segundo supuesto, si no funcionan esos mecanismos de cooperación, cabe la posibilidad de resoluciones contradictorias.

Por otra parte, cabría preguntarse cuándo debe entenderse que procede la cuestión prejudicial administrativa, si en el momento en el que la resolución de la autoridad de competencia es ejecutable, o bien en el momento en el que haya concluido la posible revisión jurisdiccional ante los Tribunales Contencioso-Administrativos. Nótese, por el contrario, que no existe, ni en el Reglamento ni en el Anteproyecto, ninguna norma que obligue a las autoridades de competencia a respetar un previo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional sobre la misma materia, y ello se debe, sin duda, a que nuevamente se considera el carácter público y privado de los procedimientos, y de esa circunstancia se deduce que si bien la decisión recaída en un procedimiento público debe vincular a la que recaiga en un procedimiento privado, no tiene por qué ocurrir lo contrario.

En cuanto a la posibilidad de suspensión del procedimiento hasta que recaiga resolución de la Comisión Nacional de Competencia, uno de los mayores problemas de este mecanismo, que se remite al art. 42.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deriva de que en este precepto procesal la suspensión sólo puede acordarse si existe conformidad de todas las partes del procedimiento, por lo que cabría plantearse si, también en este punto, resulta necesaria la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir que esa suspensión se realice, de oficio, por el propio juez. Y otro problema, relacionado con el anteriormente expuesto, resulta de la duración de la suspensión, es decir, si procede hasta la resolución de la autoridad administrativa, o hasta que concluya la revisión jurisdiccional.

Una cuestión, apuntada como problema en el Libro Verde de la Comisión, se puede plantear en relación con el denominado programa de clemencia. En el Anteproyecto se incluyen disposiciones por las que se puede eximir o reducir la sanción a quienes faciliten datos y pruebas que permitan la persecución de un cártel. El problema, como plantea la Comisión, radica en el hecho de que la confesión de quien ha participado en un

cártel no impide que el perjudicado le pueda reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados, por lo que pueden reducirse los incentivos para acogerse a tales disposiciones.

Finalmente, en cuanto a la cuestión relativa a los objetivos públicos de la aplicación privada del Derecho de la competencia, el debate abierto por el Libro Verde respecto al efecto disuasorio de tales procedimientos y la necesidad de reforzar tal efecto mediante la adopción de medidas tales como el establecimiento de un sistema de doble o triple indemnización, es decir, de daños punitivos, ha quedado al margen del texto del Anteproyecto y no tuvo una presencia significativa en los comentarios que siguieron al Libro Blanco. Es cierto que el Libro Verde hasta ahora sólo ha sido un documento de apertura al debate, y, por ello, adoptar una medida definitiva en nuestra futura Ley tal vez resulte algo prematuro, máxime cuando chocaría con los tradicionales criterios de nuestras leyes —y también de nuestros órganos jurisdiccionales— respecto de la indemnización de perjuicios. Pero, concluido el debate comunitario abierto como consecuencia del Libro Verde, sería necesario volver a reflexionar sobre la cuestión⁹⁰.

4. CONCLUSIONES

Los problemas relacionados con la aplicación judicial del Derecho de la competencia han venido planteándose de forma recurrente en España, en buen número de ocasiones relacionados con la entrada en vigor de ciertas normas o bien con ciertas sentencias, particularmente de nuestro Tribunal Supremo o de los Tribunales de la Unión Europea. En la actualidad resulta conveniente plantearse algunas de estas cuestiones, precisamente porque ya se han introducido las reformas necesarias para que no exista duda de la posibilidad de aplicación del Derecho (naturalmente y por ahora sólo del comunitario) de la competencia por los jueces de lo Mercantil, y podemos realizar un balance de las experiencias existentes hasta el momento. Pero no sólo eso. Estamos en puertas —o mejor podríamos decir totalmente inmersos en ella— de una profunda reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, y, en consecuencia, el resultado del balance de la aplicación podría servir para aportar algún criterio para esa reforma.

Una primera reflexión que en este capítulo podría hacerse consiste en afirmar que, a pesar de la gran paradoja que existe por el hecho de que los órganos jurisdiccionales españoles puedan aplicar el Derecho comunitario pero no el nacional, no ha existido inconveniente para que el Derecho de la competencia —en general— haya podido ser aplicado. La flexibilidad

⁹⁰ A título personal había sugerido en algún momento la conveniencia de establecer el mecanismo de la doble indemnización (Luis BERENGUER, «Sistema de defensa de la competencia», *Laboratorio de Alternativas*, documento de trabajo 54/2004, Madrid, Fundación Alternativas, 2004, p. 28).

con la que se ha interpretado, no sólo por nuestros jueces y Tribunales, el concepto de la afectación al comercio entre Estados miembros, ha permitido que todas las conductas —fundamentalmente contratos de distribución de productos carburantes— analizadas hayan podido ser calificadas como susceptibles de vulnerar el art. 81.1 del Tratado. El criterio de la afectación constituye una línea de atribución de competencias que, si nos atenemos a su aplicación, no resulta nítida del todo. Por ello se podría presumir que la imposibilidad de aplicar las normas nacionales de la competencia por nuestros jueces y magistrados no ha supuesto un inconveniente para la aplicación, en general, del Derecho de la competencia.

En segundo lugar, que los mecanismos de cooperación existentes en el Reglamento 1/2003 entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales, excepción hecha de la remisión de las sentencias dictadas por los jueces de lo Mercantil, de la solicitud de informes a la Comisión⁹¹ y de alguna sentencia que respetaba los principios de una decisión prevista de la Comisión, no han funcionado. Ni a la Comisión ni al Tribunal de Defensa de la Competencia se le ha solicitado su intervención como «*amicus curiae*» en ningún procedimiento de los seguidos hasta el momento. En cuanto al único supuesto en el que se ha seguido un procedimiento civil tras haberse dictado una resolución por el TDC, es lo cierto que el juez ha seguido el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el sentido de estimar que se había producido una infracción de las normas de la competencia, y ello ha sido posible porque el procedimiento civil se inició una vez la Resolución del TDC había adquirido firmeza, e incluso había quedado agotada la revisión jurisdiccional.

En tercer lugar, hay que considerar que la dicotomía aplicación pública-aplicación privada no debe provocar excesivos problemas, en la medida que pueden coexistir ambas sin generar excesivos conflictos. Dependerá de los casos y los supuestos que la elección de los perjudicados por las conductas anticompetitivas sea por una u otra vía. Normalmente si se trata de analizar un contrato, o bien de un supuesto en el que las pruebas resulten palpables, existirá una inclinación por acudir a los Juzgados de lo Mercantil. Si por el contrario resulta difícil obtener pruebas, será necesario acudir a las autoridades de la competencia para que éstas, en virtud de sus poderes como autoridad que aplica el Derecho sancionador, realicen la oportuna investigación, no sin tener en cuenta, como ha puesto de manifiesto el propio TDC⁹², que ese expediente sancionador, en el que rige el principio de presunción de inocencia, a veces puede no resultar idóneo para dirimir conflictos privados. Ello con independencia de que, al menos en teoría, el hecho de que un buen número de casos se analizarán en proce-

⁹¹ En el año 2004 se realizaron seis peticiones de información a la Comisión, todas ellas referidas a estaciones de servicio, pero estas solicitudes de información, que ya estaban previstas en la Comunicación de 1993, no son nuevas en el Reglamento 1/2003. Ver Antonio CREUS, «Código de Derecho de la Competencia», *DLA Paper*, Madrid, 2006, p. 1409.

⁹² Resolución de 14 de diciembre de 1998, Onda Ramblas/Agedi, Expte. 430/98.

dimientos privados permitirá a las autoridades centrarse en investigaciones de oficio, y destinando los recursos que se hayan liberado a investigar a los cárteles más importantes. No parece previsible, por otra parte, que haya muchos supuestos en los que se analice simultáneamente un mismo asunto por los jueces y las autoridades administrativas, por lo que la preocupación por la posibilidad de resoluciones contradictorias no debe ser excesiva. Otra cosa es cuando, como se ha mencionado con anterioridad, se inicie una reclamación de indemnización de perjuicios una vez sea firme la resolución administrativa, pero no parece previsible que, cuando esto ocurra, el juez vaya a separarse de la resolución administrativa.

En cuarto lugar, las experiencias habidas hasta el momento pueden permitir la afirmación de que los Juzgados de lo Mercantil frecuentemente no han seguido los criterios del Tribunal de Defensa de la Competencia. Naturalmente no se trata de casos en los que se analizara el mismo supuesto, pero el análisis que se hace en un buen número de supuestos de los denominados «contratos de agencia no genuinos» no coincide con la doctrina emanada de las resoluciones del TDC. Y, por cierto, sin que en el procedimiento nadie hubiera pedido cuál era el criterio del Tribunal. Otra cosa ocurre (caso Antena 3) cuando el Juzgado se ha pronunciado sobre un supuesto específico ya resuelto por el TDC, en cuyo caso ha respetado el criterio de la autoridad administrativa.

También podría añadirse que en la reforma de la Ley deberían afrontarse los distintos problemas que se ponen de manifiesto como consecuencia de la aplicación judicial del Derecho de la competencia, y que no han quedado resueltos con las normas incluidas en el Reglamento 1/2003. Y para ello, y teniendo en cuenta que la mayor parte de los problemas son de índole procesal, es necesaria una reforma en paralelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹³. E igualmente deberían realizarse algunas reflexiones sobre la conveniencia de incorporar a la nueva norma algún mecanismo, de entre los apuntados en el Libro Verde, para no desincentivar el acogimiento a los programas de clemencia como consecuencia del peligro que pueden correr quienes se acojan a ellos de ser condenados a una indemnización por daños y perjuicios.

Por último, la tesis mantenida por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento entre Endesa, por una parte, y Gas Natural e Iberdrola, por la otra, debería hacer reflexionar sobre la necesidad de evitar los solapamientos entre los procedimientos de conductas y de control de concentraciones por un mismo asunto. La solución puede ser la que sea, pero si se ha puesto de manifiesto un posible conflicto, la nueva Ley debería prever la solución.

⁹³ Ya desde la aprobación del Reglamento 1/2003 he venido manteniendo que su aplicación no era posible sin la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Luis BERENGUER, «Réquiem por el Reglamento 17», en *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, pp. 125-127).

LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: REFUERZO DE LOS INSTRUMENTOS PARA LUCHAR CONTRA LAS CONDUCTAS MÁS LESIVAS

Nadia CALVIÑO

Directora General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El año 2005 ha estado sin duda marcado por el proceso de revisión del sistema español de defensa de la competencia. Con la publicación en enero del Libro Blanco para la reforma se dio el pistoletazo de salida para la elaboración de una nueva Ley de Defensa de la Competencia que, en el momento de elaborar este artículo, se encuentra en fase de anteproyecto y será previsiblemente elevada por el Gobierno en breve para iniciar el trámite parlamentario.

Este proceso integral de reforma resultará previsiblemente en cambios importantes en prácticamente todos los ámbitos de la defensa de la competencia, tanto sustantivos como institucionales y procedimentales. Hasta el momento, la atención pública se ha centrado sobre todo en los dos aspectos más llamativos o susceptibles de controversia: la nueva Comisión Nacional de Competencia y el control de concentraciones. Es indudable que la creación de un órgano independiente único de ámbito nacional cambiará sustancialmente el esquema de aplicación pública de la normativa de la competencia en nuestro país y que la reducción del papel del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones es un tema especialmente atractivo, sobre todo si la reforma coincide con alguna operación especialmente significativa desde el punto de vista mediático.

Sin embargo, más allá de los aspectos más controvertidos de la reforma, es importante destacar una de las aportaciones principales de la misma: el refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas empresariales anticompetitivas, que es, no lo olvidemos, el objetivo primero de la política de competencia.

En este terreno es importante tener en mente que un sistema de defensa de la competencia debe tratar de minimizar las conductas restrictivas con el mínimo coste posible en términos de eficiencia económica o de recursos públicos destinados a la vigilancia y sanción. No se trata de aumentar el número de expedientes y la cuantía de las sanciones impuestas, sino, en última instancia, de lograr que los operadores económicos no infrinjan la Ley. Para ello es preciso actuar en una doble vertiente. En primer lugar, el sistema debe tratar de desincentivar la conducta infractora mediante un esquema sancionador suficientemente disuasorio e instituciones y procedimientos eficaces. En segundo lugar, debe proporcionar los instrumentos para poner fin a la infracción, sancionar al responsable y permitir la adecuada indemnización de los daños y perjuicios sufridos por su causa.

La reforma, concretada de momento en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (ALDC), supone un paso adelante importante en este sentido, tratando de superar los límites del sistema actual en cuanto a la eficacia en la detección, persecución y terminación de las conductas anticompetitivas, poniendo el énfasis en la lucha contra aquéllas más lesivas del bienestar general, y actuando de forma consistente sobre los distintos elementos que operan y, en particular, sobre el régimen sancionador, el procedimiento y el esquema institucional.

El presente artículo tiene por objeto la revisión de estos tres aspectos de la reforma, aunque deteniéndose más en el primero de ellos —el régimen sancionador—, puesto que los otros han sido tratados con detalle en recientes publicaciones y, además, la reforma en España coincide con un importante debate sobre el mismo en el ámbito europeo que proporciona un atractivo adicional y al mismo tiempo una mayor complejidad.

Con este fin, en el apartado siguiente se revisan brevemente los principios de los sistemas sancionadores en defensa de la competencia y los distintos criterios y procedimientos para la determinación de la sanción. En el tercero se explican los cambios que introducirá la reforma en los términos en que se está formulando en la actualidad. En el cuarto apartado se explican los cambios introducidos en el procedimiento sancionador, prestando especial atención a los instrumentos distintos de la sanción para poner fin a la infracción. En el quinto se hace una breve referencia a los cambios institucionales desde la perspectiva de la persecución de las conductas anticompetitivas y, finalmente, se exponen algunas reflexiones sobre los avances logrados y los retos pendientes tras la reforma.

2. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN SANCIONADOR Y CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

A. PRINCIPIOS GENERALES DEL RÉGIMEN SANCIONADOR ÓPTIMO

Como ya se ha apuntado, el principal objetivo de la legislación de defensa de la competencia es la lucha contra las conductas anticompetitivas desarrolladas por las empresas, esencialmente acuerdos y abusos de posición de dominio.

En términos generales, hay dos tipos de sistemas para la aplicación de las normas de competencia. Por una parte, el público, basado en la existencia de órganos administrativos especializados que defienden el interés general mediante la investigación de las conductas anticompetitivas y la imposición o propuesta de sanciones, administrativas o penales. Por otra parte, el privado, basado en la denuncia de las conductas por parte de los operadores privados ante los jueces, que resolverán en cuanto a la nulidad de los actos y la indemnización de daños y perjuicios.

Mientras que la aplicación privada prima en el modelo estadounidense, el europeo ha venido centrándose en la protección de la competencia por parte del sector público. En la mayoría de casos, las autoridades administrativas de competencia tienen diversas facultades de inspección y pueden adoptar decisiones sancionadoras, si bien en algunos países son los jueces los competentes para la imposición de multas u otro tipo de sanciones, administrativas o penales, a propuesta de dichos órganos.

En defecto de sanciones de tipo penal, las multas son, por tanto, los principales instrumentos para la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia en Europa, aunque, como se verá en apartados posteriores, no son los únicos.

En general, dos son los requisitos fundamentales de un buen sistema de sanciones: el efecto disuasorio y la proporcionalidad con respecto a las circunstancias concretas del caso, atendiendo tanto a los efectos de la infracción como a la situación particular de cada agente. Además, las multas deben estar basadas en criterios objetivos y transparentes, de forma que el potencial infractor pueda prever el coste de su conducta y tome sus decisiones con el máximo de información posible: la predecibilidad es un elemento importante de un buen sistema sancionador, tanto para su eficacia —desincentivar la infracción— como para su proporcionalidad —enviar señales claras al conjunto de la sociedad sobre la relativa gravedad de las infracciones—.

Desde la perspectiva de la teoría económica, existen varios modelos para determinar la sanción óptima que, de una u otra forma, se inspiran en el inicialmente desarrollado por BECKER en 1968. Este modelo se basa en la función de decisión del operador económico con respecto a la infrac-

ción o no de las normas de competencia. Un agente racional únicamente optará por la conducta anticompetitiva cuando los beneficios derivados de la misma sean superiores a los costes potenciales, que dependerán del nivel de la sanción y de la probabilidad de ser «cazado». Dado que las autoridades administrativas en principio no pueden influir en los beneficios ilegítimos derivados de la infracción, el sistema sancionador deberá centrarse en estos dos últimos elementos.

Un análisis apresurado podría llevar a la conclusión de que, para minimizar las infracciones, es necesario poner multas o sanciones lo más elevadas posibles y destinar muchos recursos a las funciones de vigilancia e inspección. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la lucha contra las conductas anticompetitivas tiene costes, tanto directos —el gasto público empleado— como indirectos —las posibles pérdidas de eficiencia por las sanciones excesivas, que puedan llevar incluso a la desaparición de la empresa infractora, así como por los errores o excesos en la aplicación de la norma—. Por tanto, el objetivo no es poner las mayores multas posibles, sino las más eficientes, es decir, las mínimas para no hacer rentable la infracción.

Esta aproximación, muy útil para centrar el aspecto disuasorio del régimen sancionador, ha de ser necesariamente complementada con un análisis más global desde la perspectiva del interés general. En efecto, las sanciones no sólo están para minimizar las infracciones, sino también para compensar el efecto negativo sobre el bienestar social que éstas generan. Así, resulta útil recurrir a otros modelos económicos para la determinación de la sanción óptima que ponen el acento en la proporcionalidad, como el desarrollado por POSNER y EASTERBROOK en 1981.

Sobre la base de un modelo clásico de bienestar general, estos autores recuerdan que las conductas anticompetitivas pueden tener efectos positivos sobre la eficiencia productiva pero indudablemente conllevan una transferencia de rentas de los consumidores a los infractores y una pérdida neta de eficiencia asignativa y bienestar para el conjunto de la sociedad. Desde esta perspectiva, las sanciones deben responder al daño causado por la conducta anticompetitiva, que dependerá, entre otros elementos, de la función de demanda del producto concreto, del aumento de precios derivado de la infracción y de la correspondiente reducción de la demanda.

Por tanto, desde una perspectiva global, el sistema sancionador debería ser tal que lograrse evitar la infracción y compensar a la sociedad por el daño causado por la misma, cumpliendo así los dos requisitos de disuasión y proporcionalidad. Aunque parece un esquema claro, lo cierto es que en la práctica resulta tremendamente difícil disponer de información precisa sobre las principales variables que están en juego en las decisiones de los agentes privados o las estructuras de demanda de los mercados sobre los beneficios o el daño derivado de las conductas anticompetitivas.

Ello explica que todos los sistemas legales utilicen diferentes indicadores o criterios, más o menos cualitativos, para determinar las sanciones que se aplican en cada caso.

B. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

La mayoría de regímenes sancionadores establecen un procedimiento en cuatro fases para la fijación de la multa: en primer lugar, se determina una cantidad básica. En segundo lugar, se aplican las circunstancias agravantes o atenuantes del caso. Además, la mayoría de sistemas establecen un límite máximo para las multas impuestas, que responde al objetivo de que éstas no sean confiscatorias o lleven a la propia quiebra o desaparición de la empresa sancionada. Finalmente, en aquellos países que disponen de programas de clemencia para delatores de cárteles, se aplica la exención o reducción de la multa correspondiente.

a) *La multa básica*

Existen dos modelos principales para la determinación de la multa básica o de partida. Por una parte, un esquema más formal que, basado en presunciones con respecto al daño relativo de los distintos tipos de infracción, establecerá multas absolutas, porcentajes u horquillas dependiendo de la gravedad atribuida a los mismos. Por otra parte, un esquema más económico, que centrará la cantidad básica en el beneficio ilícito obtenido o el daño efectivo causado por la infracción, conceptos aproximados por indicadores como el volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta o la cuota de mercado del infractor.

El primer modelo es, por ejemplo, el que recogen las Directrices de la Comisión Europea sobre el cálculo de las multas¹ hasta ahora vigentes, que clasifican las infracciones en muy graves, graves y menos graves, y atribuyen una multa básica o de partida a cada grupo. El segundo se aproxima más al efectivamente aplicado en los Estados Unidos, cuya normativa prevé la imposición de sanciones basadas en los beneficios ilegítimos obtenidos o el daño causado y donde, al margen de una clasificación de infracciones de tipo formal, en la práctica se determinan a partir del 20 por 100 del «volumen de comercio afectado» por la infracción².

En cuanto a los efectos prácticos de estas dos aproximaciones, el sistema estadounidense ha venido imponiendo tradicionalmente multas más

¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (DOCE, C 9, 14 de enero de 1998).

² Ver el *US Federal Sentencing Guidelines Manual*, relativo a las multas impuestas sobre personas físicas y jurídicas en casos de restricciones horizontales de la competencia (www.USSC.gov).

altas que el comunitario. Aunque esta tendencia se ha invertido en los últimos años por lo que respecta a las multas impuestas, lo cierto es que el sistema americano sigue teniendo elementos diferenciales muy importantes que refuerzan sustancialmente su capacidad disuasoria: la aplicación privada con la posible indemnización triple de los daños causados y, naturalmente, el riesgo de penas de cárcel para los directivos implicados en las infracciones.

En general, el esquema de determinación formal de la multa básica tiene una ventaja fundamental: proporciona una mayor predecibilidad y seguridad jurídica. En efecto, en un sistema como el actualmente vigente en el ámbito comunitario, cada tipo de infracción tiene asignada una cantidad fija, que será aumentada o reducida en función de las agravantes y atenuantes, por lo que el potencial infractor sabe en teoría *ex ante* cuál es el coste potencial de su comportamiento ilegal.

Sin embargo, tiene al menos dos desventajas fundamentales: por una parte, no responde a la teoría económica, que no distingue la mayor o menor gravedad de las conductas atendiendo al tipo de infracción, sino a los beneficios percibidos por el infractor o a los costes causados por su conducta, como se ha apuntado en el apartado anterior. Por otra parte, es inflexible y puede llevar a resultados absolutamente indeseables desde la perspectiva de la proporcionalidad, puesto que multas fijadas en términos absolutos tienen efectos totalmente distintos desde la perspectiva del desincentivo y la proporcionalidad en cada mercado y cada empresa.

b) *Ajustes de la multa básica*

Sea cual sea el modelo para la determinación de la sanción básica, la finalmente impuesta tendrá también en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes aplicables; criterios cuantitativos o cualitativos que responden tanto al efecto de la infracción como a la actitud concreta del infractor. Sin ánimo exhaustivo, a continuación se señalan los principales criterios que se utilizan en este ámbito.

En primer lugar, la multa puede ajustarse atendiendo a las circunstancias concretas del mercado afectado, operando como atenuante, por ejemplo, porque la dimensión geográfica afectada no sea muy amplia, o como agravante, por ejemplo, porque se trate de un mercado recientemente liberalizado o esencial para la eficiencia productiva de otros sectores.

En segundo lugar, la reiteración suele ser considerada una agravante, siendo posible computar en este sentido todas las infracciones previas de la normativa de competencia, sea del mismo o diferente tipo, sea en el mismo país o incluso en otros.

En tercer lugar, el efecto real sobre la competencia puede operar como agravante o como atenuante, por ejemplo, en el caso de que un acuerdo no haya sido puesto en práctica o de que el infractor haya puesto fin a la infracción antes de la investigación o de la imposición de la multa.

En cuarto lugar, la intención del infractor es un elemento determinante de la multa, puesto que, en general, los ordenamientos excluyen la responsabilidad objetiva y su propia imposición depende de que la conducta sea realizada, como mínimo, por negligencia. La existencia de dudas razonables sobre el hecho de que la conducta infringiera la Ley puede eximir del pago de la multa o reducir su cuantía, si bien el conocimiento de la norma y, por tanto, la negligencia, se presume en el caso de las empresas de cierta envergadura.

Como complemento de lo anterior, el papel del operador económico concreto en una infracción colectiva puede operar como agravante, en respuesta al principio de proporcionalidad. Así, se suele considerar que el miembro del cártel que ha jugado un papel inspirador, ha ejercido funciones de coordinación o incluso algún tipo de presión para que el resto de miembros participasen en la conducta prohibida, debe operar como agravante a efectos de la multa (además de poder excluir la aplicación del sistema de clemencia).

Finalmente, la cooperación del infractor con el órgano investigador puede jugar como atenuante y, en sentido contrario, su obstrucción a la instrucción como agravante. Independientemente de que actos concretos de obstrucción, como no responder a los requerimientos de información, puedan considerarse infracciones independientes, es importante incluir este tipo de comportamientos como agravantes con el fin de lograr un efecto disuasorio adecuado, dados los costes derivados de un procedimiento sancionador independiente.

c) *El tope máximo*

Los distintos análisis empíricos realizados sobre la base de los modelos económicos de sanciones óptimas, teniendo en cuenta los beneficios ilícitos medios obtenidos por los cárteles, su duración y las probabilidades de detección, apuntan a que sería preciso imponer multas tremendamente elevadas para conseguir disuadir al potencial infractor³.

Sin embargo, la imposición de multas demasiado elevadas podría llevar a la quiebra de la empresa, su salida del mercado y, en definitiva, a

³ Ver, por ejemplo, Wouter WILS (2005). Suponiendo que los cárteles implican un aumento medio de los precios del 10 por 100 y, como consecuencia de la reducción de la demanda, un beneficio ilícito adicional del 5 por 100, una duración media de cinco años y una probabilidad de detección del 16 por 100, la multa óptima sería del 150 por 100 del volumen de ventas total en el mercado relevante afectado, incluso sin tener en cuenta los intereses correspondientes por el pago retrasado.

costes y efectos indeseables tanto para la competencia como para el bienestar general de la sociedad. De hecho, la imposibilidad de imponer las multas óptimas es uno de los principales argumentos esgrimidos para defender la «penalización» del derecho de la competencia.

En este contexto, la mayoría de sistemas incluyen un tope máximo para las multas cuyo objetivo es evitar sanciones «excesivas» que pongan en riesgo la viabilidad futura de la empresa, y que está generalmente relacionado con el volumen de ventas global del infractor, *proxy* de su capacidad financiera. El tope existente en la normativa comunitaria y en la mayoría de Estados miembros es del 10 por 100 del volumen de negocios total en el ejercicio precedente a la decisión sancionadora.

d) *Programas de clemencia*

Una vez determinada la cuantía exacta de la multa que correspondería a cada infractor, procede aplicar lo que se conoce como programa de clemencia. Se trata de disposiciones para la exención del pago de la multa para aquellos miembros de un cártel que proporcionen a la autoridad de competencia información útil y sustantiva para la detección del mismo o para su persecución.

La exención total generalmente se da sólo al primer operador que proporciona información para poder llevar a cabo una inspección con éxito, mientras que la reducción se dará a los operadores subsiguientes que proporcionan información o pruebas con «valor añadido» para la investigación y persecución de la conducta.

3. EL RÉGIMEN SANCIONADOR ESPAÑOL TRAS LA REFORMA

El art. 10 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia recoge lo esencial del régimen sancionador por lo que respecta a las multas, previendo una cuantía máxima en términos absolutos de aproximadamente 900.000 euros, que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Además de este máximo, la Ley prevé que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la infracción, su duración y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Además, se prevé la imposición de multas sobre las personas físicas y, en particular, sobre los representantes legales de empresas o miembros de los órganos directivos que intervengan en la conducta prohibida.

El actual sistema ha sido reiteradamente criticado sobre la base de su insuficiente efecto disuasorio y de la falta de seguridad jurídica. En esencia, las multas impuestas son demasiado bajas e impredecibles, lo que resta eficacia al sistema y, además, no garantiza su proporcionalidad.

Si bien la realización de un análisis detallado de las diferentes resoluciones y sentencias dictadas en el ámbito nacional excede del objeto del presente artículo, sí cabe señalar que estas críticas pueden estar en parte justificadas: las multas impuestas son relativamente bajas, no siguen parámetros o criterios consistentes a lo largo del tiempo y son incluso reducidas en el proceso de revisión jurisdiccional, en muchos casos sobre la base de la insuficiente motivación de su cuantía.

Por eso, el ALDC plantea una reforma importante del régimen sancionador, con el fin de dotarlo de una mayor eficacia sin perder por ello seguridad jurídica. No se trata de un ejercicio sencillo teniendo en cuenta que la mayoría de países no disponen de criterios detallados para la imposición de multas, y que el modelo más próximo, el comunitario, adolece de ciertas limitaciones y se encuentra inmerso en una profunda revisión.

Tres han sido las restricciones o líneas directrices del anteproyecto. Por una parte, se han planteado claramente los dos objetivos que debe perseguir el sistema sancionador: disuasión y proporcionalidad. Para lograr el primero, las multas tienen que ser suficientemente altas y estar relacionadas con los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor. Para conseguir el segundo, la multa tiene que estar vinculada con los efectos de la conducta en los mercados y con la actuación concreta de cada operador individual.

Por otra parte, dada la aplicación concurrente con la normativa comunitaria, el nuevo sistema debe ser compatible con el vigente en el ámbito de la Unión, tanto con el actualmente vigente como con el que podría ser puesto en marcha en el futuro inmediato.

Finalmente, el nuevo sistema debe conjugar adecuadamente los principios económicos que han sido someramente expuestos en los apartados anteriores con la necesaria seguridad jurídica y con un planteamiento formal que, en línea con los principios del régimen sancionador penal, envíe las señales adecuadas al conjunto de la sociedad con respecto a la relativa gravedad atribuida a las distintas conductas.

Con este planteamiento, el Anteproyecto actualmente en tramitación define un procedimiento sancionador que trata de incluir todos los aspectos expuestos hasta el momento y de proporcionar la suficiente transparencia y flexibilidad para los órganos administrativos competentes, previendo el ya apuntado proceso en cuatro fases para la determinación de la multa.

Así, en primer lugar se establece que las sanciones se fijarán atendiendo a criterios que tratan de reflejar tanto el beneficio ilícito obtenido como los daños causados sobre la competencia y el bienestar general y que, siguiendo los modelos disponibles en el ámbito internacional, incluyen la dimensión y características del mercado relevante afectado, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance de la infracción, la duración, su efecto sobre los consumidores y usuarios u otros operadores económicos o los beneficios ilícitos obtenidos.

En segundo lugar, el Anteproyecto detalla una lista no exhaustiva de circunstancias agravantes y atenuantes, básicamente en línea con las aplicadas en la UE, que difieren de los puros criterios de determinación de la multa básica. Entre las primeras se incluye la reiteración, la posición de instigador del infractor, el uso de medidas para imponer o garantizar la realización de la conducta ilícita, o la obstrucción de la labor instructora, que se mantiene como agravante sin perjuicio de que la Ley prevea la posible sanción independiente de la actuación de obstrucción concreta. Dentro de las atenuantes se contempla la finalización de la infracción (sin especificarse si se pone fin antes o después de que se inicie el expediente sancionador correspondiente), la no aplicación o ejecución efectiva de las conductas prohibidas, la realización de actos para compensar o atenuar el daño causado y la colaboración activa y efectiva con las autoridades de competencia, fuera de los supuestos en que se aplicará la clemencia.

En tercer lugar, se fija un tope máximo para las sanciones, que dependerá del tipo de infracción y de su gravedad relativa. A falta de un modelo internacional único y de un cuerpo consistente de doctrina y jurisprudencia en la materia, la graduación de las infracciones está bastante en línea con los principios generales de la práctica nacional y comunitaria hasta el momento. En particular, se consideran muy graves los acuerdos horizontales y los abusos de posición de dominio en mercados recientemente liberalizados o en los que el operador dominante tenga un cuasimonopolio o derechos exclusivos o especiales. El resto de infracciones sustantivas de conductas, así como las de concentraciones, se consideran graves, dejándose dentro del grupo de leves las más formales o puramente procedimentales.

En cuanto a la magnitud del tope máximo, se mantiene el 10 por 100 vigente para las infracciones más graves, fijándose un máximo del 5 por 100 para las graves y del 1 por 100 para las leves, y disponiéndose que la multa se impondrá para aquellas conductas realizadas deliberadamente o por negligencia. Estos porcentajes son similares a los previstos en la normativa comunitaria, a excepción del 5 por 100 para las infracciones sustantivas graves, que responde a la demanda generalizada de un mayor detalle o especificación de la gravedad relativa de los tipos de infracción por parte de los órganos que han informado preceptivamente sobre el Anteproyecto y de los participantes en la consulta pública.

Cabe señalar que, a diferencia del modelo comunitario, el español prevé la imposición de multas sobre las personas físicas. Si bien la reforma no incluye ningún tipo de sanción cuasipenal, como la inhabilitación para ejercer funciones directivas, tan efectiva en otras jurisdicciones, el Anteproyecto establece un máximo de 60.000 euros que duplica la magnitud máxima absoluta de esta multa con respecto a la vigente en la actualidad.

Como mecanismo de cierre, dada la dificultad de cuantificar o estimar tanto los criterios previstos para la determinación de la multa como el volumen de ventas total del grupo infractor, el Anteproyecto prevé unas horquillas de sanciones mínimas y máximas para cada tipo de infracción proporcionales a las actualmente vigentes en el ámbito comunitario. El objetivo de estas importantes multas es el de favorecer la aportación de información fidedigna y exacta por parte de las empresas para la estimación de las multas con arreglo a los criterios generales y tope máximo de la Ley.

Finalmente, el Anteproyecto prevé la introducción de un programa de clemencia, recogiénose en el propio texto las líneas principales del mismo, que serán desarrolladas mediante un real decreto posteriormente. El sistema propuesto sigue fielmente el modelo comunitario, disponiendo la exención total sólo para la primera empresa o persona física que aporta elementos de prueba que permitan una inspección fructífera, siempre que coopere plenamente a lo largo de todo el procedimiento administrativo, ponga fin a su participación en el cártel en el momento de facilitar los elementos de prueba y no haya adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

También se prevé la posible reducción de hasta el 50 por 100 de la multa para las sucesivas empresas que faciliten información relevante para la investigación.

Este tipo de programas son relativamente extraños en el ordenamiento español y su introducción ha suscitado dudas en algunos comentaristas, que consideran que un infractor no debería quedar exento de multa simplemente por delatar a sus socios. Sin embargo, estos programas existen en la mayoría de países de nuestro entorno y en la normativa comunitaria y tienen implicaciones desde el punto de vista del intercambio de información entre autoridades de competencia. Además, este instrumento es reiteradamente señalado como el más eficaz para la detección y persecución de los cárteles, que se encuentran entre las prácticas más lesivas para el bienestar general. Por ello, la introducción de la clemencia se planteó ya en el propio Libro Blanco y es una apuesta clara en el ALDC, previéndose el desarrollo reglamentario correspondiente.

4. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y OTROS INSTRUMENTOS PARA PONER FIN A LA INFRACCIÓN

La magnitud de las multas o sanciones es sin duda importante para disuadir al infractor potencial. No obstante, su magnitud teórica es absolutamente irrelevante si no se dispone de mecanismos eficaces para detectar y perseguir las conductas ilícitas. Como se reflejaba claramente en el modelo económico expuesto en el apartado segundo, la probabilidad de detección es un elemento determinante en la función de decisión del operador económico racional.

Por eso el Anteproyecto trata de reforzar los instrumentos para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia, aprovechando los cambios institucionales para diseñar un procedimiento sancionador más eficaz, no sólo orientado a imponer multas, sino también para poner fin de la conducta anticompetitiva. En este sentido, cabe referirse a seis elementos importantes: la estructura del procedimiento, la terminación convencional, las medidas cautelares, la imposición de condiciones estructurales, las multas coercitivas y la transparencia.

A. REFUERZO DE LA RAPIDEZ Y EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Es indudable que una de las principales ventajas de la integración del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en la nueva Comisión Nacional de Competencia es que permite racionalizar el procedimiento sancionador. Mientras que en el esquema actual el Servicio de Defensa de la Competencia adopta numerosas decisiones que son susceptibles de recurso administrativo ante el Tribunal, la integración permite que todas las decisiones sustantivas sean adoptadas por el Consejo de la Comisión. Así, se eliminan los recursos administrativos y, consiguientemente, la suspensión de los procedimientos sancionadores, si bien se mantiene para evitar lagunas una previsión de posible recurso administrativo contra actos de la Dirección de Investigación que causen indefensión, que deberá ser resuelto por el Consejo en diez días.

Adicionalmente, el Anteproyecto prevé una mayor concentración del Consejo en la toma de decisiones, realizando toda la instrucción la Dirección de Investigación y previéndose sólo la realización extraordinaria de diligencias adicionales cuando se considere que la misma no está completa.

Todo ello permite reducir los plazos máximos de instrucción de veinticuatro a dieciocho meses. Si bien la Ley no especifica el plazo para cada fase, dada la necesidad de contar con flexibilidad en este ámbito, todo

apunta a que el desarrollo reglamentario podría consagrar un plazo de instrucción de aproximadamente doce meses y uno de resolución de un máximo de seis.

B. FLEXIBILIZACIÓN DE LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL

La actual Ley de Defensa de la Competencia establece importantes requisitos para la terminación convencional de los expedientes sancionadores, entre los que destacan el límite temporal —que se realice antes de que se haya enviado el Pliego de Concreción de Hechos— y la exigencia de concurso de todos los interesados. Estas dos restricciones han dificultado en la práctica la terminación convencional de los expedientes y no se corresponden con el esquema comunitario, más lógico, en el que la negociación de compromisos se produce sobre todo una vez emitido el Pliego de Cargos, cuando se sabe cuáles son los problemas de competencia que han de resolver.

Si bien algunos comentaristas se han mostrado reacios a la terminación convencional de expedientes sancionadores, máxime una vez realizada la imputación y, por tanto, existiendo indicios racionales de práctica ilegal, es preciso recordar que el fin último de la normativa de competencia no es recaudar multas, sino poner fin a las conductas anticompetitivas. En muchos casos, la eficacia de la actuación administrativa pasa por conseguir un cambio en la actuación de los operadores económicos y no tanto por imponer una multa cuyo cobro en última instancia dependerá de numerosas circunstancias fuera del control directo del órgano de competencia.

Por ello, el ALDC modifica el tratamiento de la terminación convencional, permitiendo que el Consejo acuerde cerrar el expediente incorporando a su decisión compromisos asumidos por la denunciada suficientes para resolver los problemas de competencia, sin que se exija el acuerdo de todos los interesados que, naturalmente, podrán recurrir el acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Con el fin de mantener los adecuados incentivos para la presentación de compromisos, esta terminación sólo podrá darse antes de la elevación del informe-propuesta por parte de la Dirección de Investigación.

Esta reforma está totalmente en línea con la terminación convencional o «decisión de compromisos» prevista en el art. 9 del Reglamento 1/2003.

C. FACILITACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el mismo sentido de poner fin a la infracción lo antes posible, el Anteproyecto trata de facilitar la imposición de medidas cautelares por parte del Consejo de la Comisión. Además de la propia agilización deriva-

da de integración Servicio-Tribunal y de la concentración del Consejo en la función de resolución, sea o no a propuesta de la Dirección de Investigación, el Anteproyecto elimina los límites actualmente existentes en cuanto a la duración máxima de las medidas cautelares y establece un plazo máximo de tres meses para resolver sobre las solicitudes correspondientes.

D. CONDICIONES ESTRUCTURALES

Si bien las sanciones son los principales instrumentos para la disuasión en el ámbito de la defensa de la competencia y las decisiones finales de los órganos de competencia en general incluyen órdenes para la cesación de los infractores en las conductas prohibidas o condiciones de comportamiento que garanticen el restablecimiento de la competencia efectiva en los mercados, en algunos casos puede resultar adecuada la imposición de condiciones de tipo estructural. Éstas puede incluir, por ejemplo, la venta o cesión del uso de determinados activos.

Una vez más, en línea con la reciente reforma comunitaria concretada en el art. 23 del Reglamento 1/2003, el ALDC incluye la posibilidad de imponer este tipo de condiciones estructurales.

E. MULTAS COERCITIVAS

Con el fin de disponer de todos los instrumentos posibles para obligar al cumplimiento de las resoluciones, el Anteproyecto de Ley multiplica por cuatro las multas coercitivas máximas previstas en la normativa vigente y amplía el catálogo de actuaciones que podrán ser cubiertas con las mismas.

F. AUMENTO DE LA TRANSPARENCIA

El conocimiento de las sanciones impuestas y, en general, de todas las decisiones finales de los órganos administrativos, es un elemento fundamental de una buena política de competencia. Por una parte, porque la predecibilidad de las sanciones por una conducta prohibida es fundamental para desincentivarla; como ya se ha apuntado, el potencial infractor es un agente económico racional que tomará sus decisiones valorando los costes y beneficios implicados, con lo que la sanción óptima desde la perspectiva económica no es la impredecible, sino la que compensa los potenciales rendimientos ilícitos.

Además, la publicidad es en sí misma un elemento de sanción, puesto que impone un coste adicional al infractor, cuyo comportamiento ilegal

será conocido, dañando su credibilidad. Este efecto es particularmente importante en determinados mercados en los que la marca o la imagen de empresa es fundamental.

La transparencia envía también señales claras al resto de potenciales infractores y al conjunto de la sociedad sobre la gravedad que se asigna a las infracciones de la normativa de competencia y la seriedad con que se persiguen.

En cuarto lugar, la publicación de las decisiones completas, incluyendo la motivación de la sanción impuesta, juega también un papel importante desde la perspectiva de la seguridad jurídica, tanto de los operadores económicos como de los propios órganos de competencia.

Finalmente, la transparencia es un requisito para el adecuado control de los órganos administrativos, especialmente importante en un terreno como el de la competencia, en que gozan de un amplio margen de valoración dada la naturaleza económica y relativamente indeterminada de las infracciones. Transparencia y responsabilidad social son dos conceptos que avanzan en paralelo y refuerzan la calidad de las decisiones y la responsabilidad de las personas que integran los órganos de resolución.

En este terreno, la reforma supone un avance importante por cuanto consagra determinadas prácticas que se venían dando pero no estaban exigidas legalmente, como la publicación en Internet, y establece exigencias de transparencia para todas las actuaciones de los órganos administrativos, tanto en el terreno de recomendación o promoción de la competencia como en el sancionador. En relación con éste, el Anteproyecto prevé expresamente que las sanciones —cuantía, infractor e infracción— serán públicas.

5. LA APLICACIÓN PRIVADA

Como ya se ha apuntado, la aplicación de la normativa de competencia ha tenido un carácter eminentemente administrativo en Europa, donde existen órganos especializados que deciden o proponen la declaración de práctica prohibida y la imposición de sanciones (administrativas y, en un número reducido de Estados, también penales). Este esquema contrasta claramente con el modelo estadounidense, centrado en la aplicación de las normas por parte de los jueces en procesos iniciados por órganos administrativos⁴ o por agentes privados que, de forma individual o colectiva, tratan de poner fin a las infracciones y percibir la correspondiente indemnización.

Así, en los Estados Unidos las sentencias pueden resultar en la anulación de contratos, la imposición de sanciones (pecuniarias o personales) y

⁴ *Federal Trade Commission o Department of Justice.*

la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios que no sólo tienen un carácter compensatorio, sino también sancionador, pudiendo llegar hasta el triple del daño sufrido. Si bien la actuación administrativa es muy importante, lo cierto es que la inmensa mayoría de casos se desarrollan en el ámbito privado y el efecto disuasorio de las posibles multas se ve superado con creces por los riesgos de sanciones penales, que incluyen la cárcel, y las indemnizaciones del triple de los daños causados a terceros (*treble damages*)⁵.

En los últimos tiempos, la Comisión Europea ha tratado de potenciar la aplicación privada de la normativa de competencia y llevar a la práctica la repetida jurisprudencia comunitaria, que consagra la aplicación directa de los arts. 81 y 82 del Tratado y el derecho de todos los ciudadanos comunitarios a obtener una indemnización por los daños sufridos⁶.

Hasta el momento, la normativa española no preveía explícitamente la aplicación directa por parte de los jueces, estableciendo el art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia vigente que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios podría ejercitarse por los perjudicados una vez firme la declaración administrativa correspondiente. Aunque existen sentencias divergentes en relación con el alcance de este precepto, las acciones de daños y perjuicios han estado muy limitadas en la práctica⁷.

En línea con la nueva normativa comunitaria, se ha promovido una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸ que, junto con el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, llevará a la aplicación privada de las normas relativas a conductas restrictivas de la competencia por parte de los jueces de lo mercantil.

El aumento en el número de órganos que aplicarán la Ley y la heterogeneidad de los respectivos procedimientos plantea un reto importante desde la perspectiva de la consistencia de las diferentes decisiones, que el Anteproyecto ha abordado sobre la base del modelo comunitario y tratando de respetar los principios del ordenamiento jurídico español.

En efecto, la interacción de órganos administrativos y jueces en el ámbito de competencia está expresamente regulada en el art. 15 del Reglamento 1/2003, que incluye diversos instrumentos de información mutua y de participación de los órganos administrativos comunitarios y nacionales, aportando ante los jueces nacionales sus observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. Además, el

⁵ Ver *Civil remedies-damages and Liability Discussion Memorandum*, del US Antitrust Modernization Committee Staff, de 4 de mayo de 2006 (www.amc.com).

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd vs. Bernanr Crehan y Bernard Crehan vs. Courage Ltd* y otros, asunto C-453/99 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Court of Appeal England & Wales* del Reino Unido).

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1262/1993, de 30 de diciembre, en el asunto CAMPSA, y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 540/2000, de 2 de junio, en el asunto DISA.

⁸ Art. 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

art. 16, relativo a la aplicación uniforme de la normativa de competencia comunitaria, dispone que los jueces nacionales no podrán dictar sentencias contrarias a previas decisiones de la Comisión Europea e incluso deberán evitar entrar en conflicto con una decisión prevista por ella en un procedimiento iniciado, para lo que podrán decidir suspender su proceso. Así, la Comisión Europea se sitúa en una posición preeminente, vinculando sus decisiones adoptadas o proyectadas tanto a las autoridades de competencia administrativas nacionales como a los propios jueces.

En aras de la seguridad jurídica y la coherencia del sistema en su conjunto, y una vez más en línea con la normativa comunitaria, el Anteproyecto prevé en su articulado y en sus Disposiciones Adicionales, en las que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹, varios instrumentos que permitan una adecuada cooperación de los diferentes órganos administrativos con los jueces en la aplicación de las normas de competencia.

Así, en primer lugar se establece que los jueces competentes informarán a la Comisión Nacional de Competencia de la admisión de demanda en los procesos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE y sus equivalentes en el ámbito nacional, los arts. 1 y 2 de la nueva Ley de Defensa de la Competencia. Con ello se favorece la centralización de la información relativa a la aplicación de la Ley y, además, se facilita la participación de los órganos administrativos.

En segundo lugar, se introduce expresamente la figura del *amicus curiae*, es decir, la participación de los órganos administrativos como apoyo de los jueces en la toma de decisiones, proporcionando sus observaciones e informes sobre cuestiones de Derecho. Si bien se trata de una figura extraña a nuestro ordenamiento jurídico, su propia existencia en la normativa comunitaria exigía, a juicio de muchos, una regulación específica en las leyes procesales españolas. En todo caso, el carácter indeterminado de los tipos de infracción, que exige un análisis económico relativamente complejo en cada caso, hace aconsejable prever instrumentos para favorecer la cooperación y coordinación de los diferentes órganos, naturalmente dentro de los límites impuestos por la independencia judicial.

El Anteproyecto dispone que los órganos administrativos especializados de ámbito comunitario, nacional o autonómico podrán intervenir mediante la presentación de observaciones escritas y, con la venia, orales, sobre cuestiones relativas a la aplicación de las respectivas normas de competencia. A tal fin, podrán solicitar al órgano jurisdiccional que les remita los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto en cuestión.

En tercer lugar, previendo la posible coincidencia de procedimientos administrativos y judiciales sobre un mismo asunto, se contempla la posible suspensión del plazo para dictar sentencia hasta que recaiga la corres-

⁹ Art. 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

pondiente decisión administrativa, que será valorada por el órgano judicial en un procedimiento que dará siempre entrada a las partes.

Finalmente, se prevé la remisión a la Comisión Nacional de Competencia de todas las sentencias dictadas en aplicación de las normas de competencia, completándose así lo ya previsto en cuanto a la remisión de sentencias en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, para su envío a la Comisión Europea.

En suma, el Anteproyecto trata de dar respuesta a todas las cuestiones que han sido señaladas en el pasado y durante el proceso de elaboración de la Ley y recoger en la propia normativa procesal los instrumentos precisos para que, con flexibilidad, se pueda tratar de minimizar el riesgo de inconsistencia derivado de la nueva puerta abierta a la aplicación privada.

6. CONCLUSIÓN

En el momento de escribir este artículo todavía se desconoce el resultado final del proceso de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia que se ha abordado en los dos últimos años. El Anteproyecto de Ley se encuentra pendiente del informe del Consejo de Estado y será previsiblemente elevado al Parlamento en las próximas semanas. Por tanto, es posible que algunas de las propuestas sean modificadas por el legislativo, aunque sería deseable que los cambios no afecten a los aspectos esenciales de un texto cuya naturaleza técnica y enorme complejidad ha exigido un importante trabajo y ha contado con las aportaciones de los principales expertos en la materia.

En todo caso, el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda tiene entre sus principales objetivos el refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas restrictivas de la competencia.

Para ello, se ha adoptado un enfoque global, tratando de actuar sobre todos los instrumentos disponibles y aprendiendo de las principales experiencias de los países más avanzados en este terreno. No se trata únicamente de aumentar las multas, sino de abordar una revisión integral de los principios para su determinación, del procedimiento sancionador y del esquema institucional, con el fin de cumplir los dos requisitos esenciales de un sistema sancionador: disuasión de la conducta infractora y proporcionalidad.

Por lo que respecta a las sanciones, se mantiene su carácter administrativo y se trata de conjugar la doble vertiente económica y jurídica. Así, sobre la base de los principios de la sanción óptima que da la teoría económica se diseña un esquema lo suficientemente flexible para adaptar la multa a las particularidades del caso y, sobre todo, a los efectos de la conducta, pero que a la vez proteja la seguridad jurídica tanto de los operadores como de los propios órganos encargados de aplicar la Ley.

En este terreno, se ha avanzado de forma importante en la delimitación de los límites y criterios para la imposición de sanciones, aumentando sustancialmente la cuantía de aquellas que se determinan en términos absolutos. Se ha sistematizado la determinación de la multa básica y del juego de las agravantes y atenuantes, estableciéndose límites máximos en función del volumen de ventas de las empresas sobre la base de la relativa gravedad del tipo de infracción. Además, se ha introducido un programa de clemencia que, siguiendo fielmente el comunitario, dotará a los órganos españoles de un importante instrumento para la detección y persecución de los cárteles.

Por lo que respecta a los procedimientos, el Anteproyecto trata de proporcionar a los órganos administrativos el máximo de instrumentos para poner fin a las conductas restrictivas. Sin perder el acento sancionador, se trata de lograr que los operadores económicos modifiquen cuanto antes su actuación o bien se impongan condiciones que cambien la estructura de los mercados e impidan la repetición de las prácticas prohibidas. Así, se ha facilitado la adopción de medidas cautelares y la terminación convencional de los expedientes, previéndose además la imposición de condiciones estructurales y no sólo de comportamiento en las resoluciones que ponen fin a los procedimientos sancionadores.

Finalmente, en cuanto a las instituciones, la integración del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en la nueva Comisión Nacional de Competencia permitirá una simplificación y agilización de los procedimientos sancionadores que debería redundar en una mayor eficacia de la actuación administrativa en el ámbito nacional. Además, la aplicación directa de los artículos de la Ley de Defensa de la Competencia relativos a los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición de dominio por parte de los órganos jurisdiccionales y, en particular, de los Juzgados de lo Mercantil, supondrá la potenciación de la aplicación privada y, en definitiva, ampliar el campo de la política de competencia para permitir no sólo la declaración de práctica prohibida y la imposición de sanciones, sino también la anulación de contratos y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Este mayor abanico de instituciones encargadas de la aplicación de la Ley supondrá un cambio importante en la política de competencia tal como la conocemos. En mi opinión, un cambio para bien. La aplicación privada difundirá el conocimiento de estas normas y abrirá la puerta para que los particulares y las empresas consigan indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos, lo que sin duda aumentará el coste para los infractores y, por tanto, la eficacia de la Ley para desincentivar las conductas prohibidas.

Es indudable que frente a estos beneficios la reforma comporta riesgos, principalmente derivados de la posible falta de consistencia en las decisiones de las distintas autoridades judiciales y administrativas, comu-

nitarias, nacionales y autonómicas. Sin embargo, en la reforma se ha hecho un importante esfuerzo para responder a las preocupaciones planteadas desde diversas instancias, modificando la normativa procesal con el fin de permitir la cooperación de los órganos administrativos con los judiciales y minimizar los riesgos de decisiones contradictorias, todo ello siguiendo el modelo comunitario y con los límites que impone la independencia judicial.

Aunque pueda parecer que existe acuerdo sobre los posibles problemas del sistema actual, la consulta pública del Libro Blanco y del Anteproyecto ha puesto de relieve que no existe un acuerdo semejante con respecto a cómo debe concretarse en el articulado de un texto normativo la posible solución. De hecho, ha habido propuestas totalmente contradictorias y pocas aportaciones sobre cómo resolver los retos más difíciles, derivados, por ejemplo, de la aplicación privada.

Ello pone de relieve la complejidad de las cuestiones planteadas y, en mi opinión, ha de llevar a una valoración muy positiva del resultado logrado: se han abordado todos los principales problemas y se ha tratado de dar la respuesta más acorde con los principios básicos de eficacia administrativa, seguridad jurídica, consistencia del sistema y transparencia.

El resultado de la reforma se verá con su aplicación práctica en el tiempo y sin duda queda pendiente al menos un aspecto importante: los largos plazos de la revisión jurisdiccional, cuestión que, sin embargo, excede del ámbito de una Ley de Defensa de la Competencia. En todo caso, las bases puestas por el Anteproyecto son sin duda las adecuadas para que el sistema español cuente con las mejores prácticas internacionales para la lucha contra las conductas restrictivas y la defensa de la competencia efectiva en los mercados y, con ello, de los principios para una eficiente asignación de los recursos que promueva la competitividad y el bienestar de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, Gary S. (1968), «Crime and punishment: An economic approach», *Journal of Political Economy*.
- BUCCIROSSI, Paolo, y SPAGNOLO, Giancarlo (2005), *Optimal fines in the era of whistleblowers. Should price fixers still go to prison?*, LEAR research paper 05-01.
- CAMILLI, Enrico L. (2005), *Optimal and actual fines in cartel cases: The European challenge*, Paper prepared for the conference «Remedies and sanctions in Competition policy», Amsterdam University.
- GERADIN, Damien, y HENRY, David (2005), *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community Courts' judgements*, Paper prepared for the conference «Remedies and sanctions in Competition policy», Amsterdam University.

- MOTTA, Massimo, y POLO, Michele (1999), *Leniency programs and cartel prosecution*, EUI Working Paper ECO, núm. 99/23.
- OECD (2004), *Cartels: Sanctions against individuals*, DAF/COMP(2004) 39.
- WEHMÖRNER, Nonthika (2005), *Optimal Fining Policies*, Paper prepared for the conference «Remedies and sanctions in Competition policy», Amsterdam University.
- WILLIAMSON, Oliver E. (1969), «Economies as an antitrust defense: The welfare Tradeoffs», *American Economic Review*, nú. 18.
- WILS, Wouter P. J. (2005), «Optimal antitrust fines: Theory and practice», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 1, núm. 4.

PROTOCOLO DE KIOTO Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA UE Y EN ESPAÑA

Miguel CUERDO MIR

Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia
Universidad Rey Juan Carlos

Pedro DURÁ JUEZ

Secretario General del Consejo Consultivo
de Privatizaciones
Universidad Complutense

1. INTRODUCCIÓN

El Protocolo de Kioto, surgido de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1997, fija un conjunto de objetivos medioambientales que, en lo fundamental, supone una limitación de las actuales emisiones atmosféricas contaminantes para determinados gases. De este modo, es previsible una modificación en los mercados, en las condiciones de producción, principalmente en aquellos sectores de actividad¹ que más intensivamente utilizan la atmósfera como parte de sus procesos², y, naturalmente, puede afectar a las condiciones de competencia de esos y otros mercados.

Se llega al Protocolo de Kioto a partir de un consenso básico internacional en torno al uso de la atmósfera —y, por tanto, la modificación de su estado natural— respecto de lo que era común hasta ahora, es decir, la no existencia de restricciones respecto de una cantidad, ni la fijación de un precio —salvo algunos estándares tecnológicos y algunos impuestos de carácter local o regional—. Era así para este medio natural; por su cantidad y calidad iniciales y por sus características de bien público, carecía

¹ También se podría hablar de consumo y consumidores finales. En todo caso, la legislación propuesta inicialmente afecta directamente a ciertos sectores de producción y no a los consumidores finales, emisores de gases de efecto invernadero. Se trata solamente de algunos de los sectores de actividad con procesos productivos capaces de contaminar la atmósfera.

² Se habla de *input* de producción en el sentido de su utilización en el proceso como demandante de oxígeno en la combustión de aquello que se quiere transformar y como demandante del medio en el que verter los gases resultantes y con ello alterar su calidad y sus funciones.

de una buena definición inicial de derechos de propiedad. Con estas condiciones previas, el modelo de uso de la atmósfera estaba propiciando una situación generadora de efectos externos negativos crecientes³ sobre muchos agentes y mercados⁴, impidiendo una solución eficiente de los mercados afectados y provocando una alteración importante de las prestaciones y servicios, algunos de ellos vitales, proporcionados por la atmósfera de manera natural.

Para la consecución de sus objetivos, el Protocolo habla de políticas de fomento de la eficiencia energética, de protección y mejora de sumideros de gases de efecto invernadero, promoción de la agricultura sostenible, promoción e incremento de uso de las energías renovables y de todas aquellas tecnologías de «secuestro» de CO₂. Pero en lo que aquí interesa, se habla también de la «reducción progresiva o eliminación gradual de las deficiencias del mercado, los incentivos fiscales, las exenciones tributarias y arancelarias y las subvenciones que sean contrarios al objetivo de la Convención...». Se deduce que, además de la consecución de los objetivos más propios del Protocolo, se van a emplear ciertos instrumentos económicos con los que combatir las «deficiencias de mercado» y, en consecuencia, de una manera u otra, se va a afectar también a las condiciones de competencia.

A partir de aquí cobra relevancia tanto una revisión crítica general sobre el texto del propio Protocolo como un análisis sobre avances más concretos de la aplicación, como serían los casos de la UE o de España, en los que se han desarrollado, con rango legal suficiente, muchos de los principios, objetivos e instrumentos que, con carácter general y algunas veces ambiguos, se fijaron en el Protocolo de Kioto.

Con el objetivo de acometer esta tarea, los autores de este trabajo se proponen en el segundo epígrafe analizar de forma descriptiva los elementos de carácter económico e institucional que sirven de base al Protocolo, de forma que se pueda entender mejor el alcance y las condiciones que soluciones tipo Coase pueden tener en los mercados. Con estos mimbres, el epígrafe tercero girará en torno a la concreción en la UE y en España de los términos en los que se van a desarrollar los mercados de derechos de emisión de gases contaminantes y sus implicaciones más importantes una vez decidido el sistema de asignación de derechos. En el cuarto epígrafe se trata uno de los problemas que emerge con más claridad en el desarrollo de los mercados de emisión al modo europeo: se trata de analizar como los sistemas de asignación condicionan la entrada de nuevos competidores en el futuro. En el quinto epígrafe se atiende al desarrollo normativo que han tenido en España las denominadas agrupaciones

³ Se observa un calentamiento del planeta achacable a las emisiones de ciertos gases contaminantes, cuyos efectos son objetivamente indeseables y difícilmente cuantificables en términos de costes, lo que obliga a la aplicación de un principio de precaución a través de la limitación de las emisiones de dichos gases que tengan origen antropogénico.

⁴ Hay incentivos para ello al poder utilizarla «gratuitamente» y en cantidades indefinidas.

de instalaciones desde la perspectiva de la necesidad o no de autorizaciones singulares y el papel del Tribunal de Defensa de la Competencia en todo el procedimiento. Finalmente, el artículo se cierra con algunas conclusiones acerca de los efectos que sobre la competencia puede producir la aplicación del Protocolo en la UE y en España.

2. MARCO INSTITUCIONAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PROTOCOLO DE KIOTO

El Protocolo no se limita a marcar un objetivo, sino que también encauza el camino por el que tendrá que discurrir la transición hacia ese objetivo. Establece un conjunto de definiciones, metodologías de medida, seguimiento y verificación, e introduce instrumentos relativamente poco concretos, como la posibilidad de transar con los derechos de emisión asignados. El objetivo de partida sobre el que gira el desarrollo del Protocolo es la determinación del montante total de permisos de emisión y su posterior asignación. Lógicamente, se fija por primera vez un objetivo de reducción de emisiones para el conjunto mundial —una reducción del 5 por 100 en el período 2008-2012 respecto de las emisiones contabilizadas en 1990—. Una vez definido el objetivo general, se plantea cómo tiene que ser la aplicación efectiva de los instrumentos ideados y la consecución de los objetivos concretos de reducción de emisiones. Para ello se parte de un conjunto estandarizado de elementos de medida, control y objetivos de segundo orden que pueden resumirse en lo siguiente:

— Se crea una unidad de medida de emisión verificable que servirá como unidad de derecho sobre la que se desarrollarán los mercados de emisiones, el TECO_2 (Tonelada Equivalente de CO_2). Se fija para cada país un nivel de emisiones objetivo a una fecha determinada en relación con las emisiones del año 1990. Por tanto, se establece una asignación inicial de derechos de emisión a escala mundial, así como la evolución del agregado a lo largo del tiempo. Por tanto, desde una perspectiva más aritmética y resumida, se parte de un conjunto de emisiones netas para el primer período 2008-2012, que para el conjunto mundial se expresaría como:

$$\text{TECO}_2^{1990} \times 5 = e$$

$$\text{TECO}_2^{2008-2012} = e \times 0,95$$

Siendo 5 el número de años del período de cómputo de las emisiones netas y 0,95 el coeficiente de reducción respecto del volumen total de emisiones en 1990 y $\text{TECO}_2^{2008-2012}$ el montante de emisiones para los cinco años del primer período. Esta fórmula válida para el conjunto mundial se puede aplicar a cada Estado o a cada área de integración económica.

— Se crea un sistema nacional para estimación de emisiones, reducción de emisiones por las fuentes y absorción por sumideros.

— Se fijan criterios generales para verificar y certificar emisiones, reducción y absorciones, así como las autoridades competentes para ello.

— Se limita el conjunto de agentes y contaminantes implicados en el proceso. En este sentido, la internalización siempre será incompleta. Los gases a reducir son el dióxido de carbono, el metano, el óxido nítrico, los hidrofluorocarbonos, los perfluorocarbonos y el hexafluoruro de azufre. En lo que se refiere a sectores, el Protocolo señala en su Anexo A la energía y otros procesos industriales, que incluye los productos minerales, la industria química, la producción de metales, otra producción, producción de halocarbonos y hexafluoruro de azufre, consumo de halocarbonos y hexafluoruro de azufre y otros. Además de sectores de utilización de disolventes y otros productos, la agricultura en algunos de sus aprovechamientos y técnicas, y el sector de residuos. No obstante, como el objetivo para el primer período se fija en términos de TECO_2 , cada país puede decidir cómo emprende su dinámica de ajuste al objetivo y a partir de aquí seleccionar sectores de actividad y contaminantes que estén incluidos en los anexos correspondientes del Protocolo.

— Se establece el año 2005 como el primer *test* de cumplimiento del Protocolo, limitado a la puesta a punto de la legislación nacional que lo desarrollará en cada país o en cada área económica regional reconocida.

— Se da importancia a la creación de sumideros de gases como contrapunto del productor de contaminación. En todo caso, hay que subrayar que la contabilización de emisiones se realizará como una variación neta de emisión-absorción.

— Se acepta una actuación regional conjunta a partir de una organización regional de integración económica, aunque la responsabilidad final de cumplimiento de los objetivos recaiga sobre cada Estado miembro.

— Se introduce la posibilidad de que terceros países no adscritos a los compromisos de reducción de emisiones puedan participar a través de proyectos certificados de reducción de emisión por las fuentes o de aumento de absorción por sumideros. Se define un «mecanismo para un desarrollo limpio» que actúe de palanca financiera para la promoción y desarrollo de estas iniciativas.

— Finalmente, en el art. 17 se establece que: «*Las Partes incluidas en el anexo B podrán participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos...*». A ello se añade la posibilidad de que, a solicitud de la Parte y de acuerdo con el apartado 13 del art. 3, todos aquellos derechos de emisión no utilizados pasen a formar parte del total de emisiones permitido del período o períodos siguientes.

Todo lo descrito más arriba deriva en un marco institucional genérico que la literatura económica lo ha venido definiendo como sistema de *cap and trade*⁵. Sin embargo, aunque efectivamente el total de toneladas equivalentes de CO₂ es un límite máximo en términos de cantidad de derechos de emisión reconocidos, los operadores llegarán a ese máximo a través de derechos de emisión procedentes de tres orígenes distintos: una parte, la fundamental, será una cantidad fija de derechos para el período en función del compromiso adquirido por cada Estado; otra parte procederá del volumen de derechos acumulados por el incremento de absorción por los sumideros; y el tercer origen procederá de las unidades de reducción por las fuentes. Es decir, la segunda y la tercera son variables, mientras que la primera es fija y conocida al principio del período. Se puede deducir que, con independencia de cuál sea la asignación inicial de derechos de emisión (*cap*), las cantidades por reducción y por absorción se modificarán con la producción sectorial afectada y, finalmente, esas cantidades dependerán del precio de equilibrio del derecho, que a su vez vendrá determinado por la igualación del coste marginal de la actividad productora de gases de efecto invernadero con el de cada unidad de reducción de emisión por las fuentes y con el de cada unidad absorbida por los sumideros. Además, mientras que existan oportunidades de arbitraje entre los tres, el precio se ajustará al mejor de ellos. En definitiva, un sistema algo más flexible y más complejo que un simple *cap and trade*.

Lo que sí está claro es que, en un principio, cada uno de los propietarios de las instalaciones afectadas por la aplicación del Protocolo debería competir por hacerse con un volumen de derechos de emisión a partir de sus decisiones de producción. Esta captación de derechos dependerá finalmente de cómo se articule la asignación de los mismos. Los sectores de actividad con emisiones limitadas dependerán de algún sistema de autorización administrativa a partir del cual poder producir en función de un montante de derechos de emisión. Es decir, aparece una nueva barrera legal de entrada. Por otro lado, la estructura final de mercado puede quedar alterada por planes modificados de producción, es decir, se modifica la estructura de costes de las instalaciones y los precios finales de los productos con la introducción de un nuevo *input* de producción que podríamos denominar «derecho TECO₂».

Con ese nuevo marco institucional general, los derechos de emisión se podrán obtener por distintas vías en función de las adendas institucionales y legales que cada país o grupo de países incorpore a lo ya establecido en el Protocolo y que servirán para definir mejor los objetivos y los instrumentos a aplicar.

⁵ El término —también denominado *allowance trading*— aparece asociado a un determinado enfoque del *policy maker* para resolver el problema de lluvia ácida en los Estados Unidos, inicialmente en los años setenta del siglo pasado y con mayor rotundidad institucional en los años noventa.

Desde un punto de vista económico, lo que sí parece claro es que el Protocolo de Kioto obliga a mirar al Teorema de Coase (1960). Aunque fueron trabajos como los de Crocker (1966) y Dales (1968) los primeros en desarrollar lo que hoy conocemos como comercio de permisos de contaminación, esos modelos no hubieran sido posibles sin las aportaciones previas de Coase. Lo que es cierto es que desde la aparición del Teorema, y más allá de las correspondientes polémicas sobre su alcance y aplicabilidad, una de las ideas que más ha fomentado este Teorema ha sido precisamente la creación de derechos de emisión negociables como un instrumento para enfrentarse a una externalidad como la contaminación⁶.

Las implicaciones del Teorema de Coase se presentan como un *corpus* alternativo a las decisiones administrativas basadas en la introducción de impuestos para la solución del problema de las externalidades medioambientales. En lo fundamental, el Teorema establece que en ausencia de costes de transacción y de efectos renta, si los derechos de propiedad están bien definidos, se consigue, con independencia de cuál sea su distribución inicial, una solución eficiente debido a que las partes interesadas podrían «negociar» para corregir los efectos de las externalidades. Por tanto, la definición de derechos de propiedad se constituye en una de las piezas clave del argumentario de Coase. La otra es la necesidad de que no existan costes de transacción para que la solución sea eficiente. La simple lectura del Protocolo de Kioto apunta a estos dos elementos⁷ como los de mayor importancia a la hora de elaborarlo y también, de manera mucho más nítida, en su concreción normativa en la UE y en España. No obstante, otro elemento que no se puede soslayar es el conjunto de efectos distributivos de las asignaciones iniciales y los posibles efectos que sobre las condiciones de competencia podría tener en el futuro.

Es cierto que el Teorema sólo se preocupa por los aspectos de eficiencia *ex post*. Sin embargo, los efectos redistributivos podrían tener su importancia en el resultado final si afectaran a los precios relativos a través de las demandas relativas⁸. En todo caso, a efectos prácticos, la asignación inicial tiene una gran importancia, ya que afecta a los intereses preexistentes que suelen generar fuertes «presiones» sobre la Agencia o el organismo encargado de realizar estas asignaciones. Por eso, es muy importante analizar el alcance de sus consecuencias, puesto que estas alteraciones podrían estar modificando las condiciones de competencia en aquellos sectores afectados por la aplicación del Protocolo.

⁶ Se había venido defendiendo desde hace tiempo por parte de muchos economistas (TIENTE-BERG, 1985) que el control y la eficacia de la regulación medioambiental basados en un enfoque de derechos transables eran mucho mayores.

⁷ Éste es un tema de gran complejidad que está lejos de ser resuelto y que, en todo caso, hace que los costes de transacción del sistema sean significativos (los enormes costes de supervisión y verificación, por ejemplo, es uno de los argumentos para no asignar derechos de emisión a los hogares o a las pequeñas empresas en los planes nacionales de asignaciones).

⁸ Algunos autores han señalado el impacto asimétrico de la medida cuando hay territorios con una determinada especialización productiva (STAVINS, 1998).

Por otra parte, el Protocolo no se refiere a la puesta en funcionamiento de mercados organizados para la negociación de los derechos de emisión. Es decir, el Protocolo en su art. 17 se limita a autorizar a las partes a participar en «operaciones de comercio de derechos de emisión». Sin embargo, estos mercados van a tener una importante función, ya que contribuirán por distintos medios (mayor liquidez, abaratamiento de obtención de información sobre precios presentes o futuros, etc.) a disminuir los costes de transacción que tan importante papel juegan en el Teorema de Coase. En este sentido, todo su desarrollo queda a la iniciativa de los países firmantes⁹ y, precisamente, serán las decisiones en torno al marco institucional para su desarrollo lo que puede contribuir en mayor o menor medida a mejorar la eficiencia en la producción con derechos de emisión y el nivel de competencia en los mercados.

3. LA ECONOMÍA DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN TECO₂ Y SU TRANSPOSICIÓN A LA LEGISLACIÓN EUROPEA Y ESPAÑOLA

La Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2004, de Régimen para el Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero, transpone las obligaciones contraídas en el Protocolo de Kioto por parte de la UE. En el caso de la Unión Europea, el compromiso concreto es la reducción del 8 por 100 de las emisiones de 1990 para el primer período de vigencia del Protocolo, de acuerdo con el sistema de cálculo citado más arriba. No obstante, las negociaciones internas dieron como resultado una variedad importante de objetivos por países. En el caso de España, las emisiones se pueden incrementar hasta un 15 por 100 por encima del total de 1990.

Comparando la Directiva con el Protocolo se observa que el alcance sectorial en la UE, muy condicionado por el propio Protocolo, es el de un conjunto de sectores mucho más concreto y limitado que el Anexo A del Protocolo. Además, en la Directiva se fija un umbral de escala de producción para cada una de las actividades afectadas. También se establece la reducción de CO₂ para todas ellas. Es decir, se incluyen en el sistema de derechos negociables sólo a los grandes emisores de aquellos sectores más identificados con un uso más intensivo de la energía, reconociendo implícitamente la importancia de los «costes de transacción» en un esque-

⁹ Los programas pioneros hay que atribuirlos a Estados Unidos. De los resultados de estos programas se pueden extraer importantes consecuencias de alcance para la política económica y el marco institucional, especialmente cuando se desarrollan mercados de derechos transmisibles. Por ejemplo, la consideración de los permisos como activos que supongan la posibilidad de atesorarlos, aunque sea temporalmente, permite incorporar un valor de información sobre los precios que sin duda repercute sobre las decisiones de inversión y la estructura de costes afectada. Además, la elección de un sistema u otro de supervisión y registro también puede ayudar u obstaculizar la transacción de derechos (LARSON, 1999).

ma de este tipo. El propio nombre de la Directiva nos pone sobre la pista de la agenda fundamental para hacer frente a los compromisos de Kioto: regular la puesta en funcionamiento de los sistemas nacionales y de todos aquellos instrumentos que faciliten los objetivos perseguidos, a partir de lo cual poder regular los mercados de derechos de emisión.

Ahora bien, es el considerando 7 de esta Directiva el que establece con absoluta claridad que «las disposiciones comunitarias sobre la asignación de derechos de emisión por los Estados miembros son necesarias para contribuir a mantener la integridad del mercado interior y evitar distorsiones de la competencia».

Por tanto, la Directiva europea orienta la regulación de mercados de emisiones en la perspectiva de cumplir simultáneamente con otros objetivos fundamentales de la Unión Europea, como son la realización de un mercado único y el respeto a los principios de la libre competencia. La pregunta, por tanto, es si efectivamente esta legislación asegura esos objetivos. La cuestión del mercado interior queda resuelta en el art. 12 de la Directiva.

En lo que a este texto más interesa, las cuestiones relativas a defensa de la competencia, hay que empezar subrayando que la Directiva (art. 10) se inclina por una asignación gratuita¹⁰ de al menos el 95 por 100 de los derechos de emisión entre los titulares de cada instalación. Por tanto, la Directiva elimina la posibilidad de que los Estados hubieran podido decantarse por otro tipo de sistemas de asignación, al menos para ese porcentaje. El margen se amplía en el período que comienza en 2008, ya que en ese momento la Directiva reduce el porcentaje mínimo de asignación gratuita al 90 por 100 y, por tanto, para el 10 por 100 restante quedarían abiertas otras posibles alternativas.

La asignación de derechos de emisión gratuitamente «al titular de cada instalación» tiene el inconveniente de que deriva en una amplia discrecionalidad para los Estados. Este hecho en la Directiva se trata de limitar con unos principios generales, así como con la necesidad de que la Comisión apruebe cada uno de los planes estatales. En cualquier caso, con este sistema también se da más margen de actuación a los grupos de presión de los grandes sectores y/o empresas afectadas, especialmente en los momentos previos a que cada Estado realice las asignaciones de derechos.

La Directiva europea podría haber optado por otros sistemas que no tendrían este inconveniente. Entre los sistemas que se podrían haber planteado podríamos citar la distribución gratuita entre los ciudadanos o residentes de un país, dado que se parte de un bien público sin definición previa de derechos de propiedad. Estos ciudadanos, a su vez, podrían decidir si venderlos en el mercado o mantenerlos para reducir el conjunto de emi-

¹⁰ Estos sistemas de reparto de derechos gratuitos prorrateando en función del volumen existente de emisiones es conocido como de *grandfathering* (HANLEY, SHOGREN y WHITE, 1997).

siones. De igual modo, se podría optar por la subasta de los derechos de emisión. Con esta opción, quizás en un estado más avanzado en cuanto a la transacción de derechos y una vez que exista un mercado desarrollado con una amplia liquidez y representatividad, el Estado podría reducir los costes de diseño e implementación de esa subasta, simplemente adjudicando los derechos al precio de mercado o recurriendo a un prorrateo en el caso de un exceso de demanda.

Cualquiera de estos sistemas alternativos podría tener su racionalidad. Por ejemplo, la distribución gratuita entre la población estaría en la línea de los programas de privatización en algunos países del Este europeo. En el caso de los derechos de emisión, la filosofía podría ser la misma: son los ciudadanos los «propietarios» de los derechos de emisión. De este modo, sus preferencias son las que determinarán si, al precio vigente, están dispuestos a venderlos o a mantenerlos para reducir el conjunto de emisiones globales. En nuestra opinión, en este caso, no sería válido el argumento de que los costes de información y de acceso a los mercados son muy elevados, ya que los ciudadanos podrían recurrir a intermediarios para depositar sus valores y asignarles órdenes tales como, por ejemplo, «vende si el precio supera tal cantidad». Además, se podría presumir que estos costes de información son mucho más altos en las privatizaciones de empresas públicas, ya que en esos casos habría que analizar y valorar bienes tan complejos como son las empresas que, además, se encontraban en manos del Estado sin haber cotizado y sin saber su capacidad de adaptación a mercados competitivos. En estos programas de privatización tuvieron gran importancia los sistemas de inversión colectiva que captaban los bonos de la población y después elegían las empresas en las que los invertían.

En cuanto a los sistemas de asignación a través de subastas o la asignación a los precios de cotización, presentan la indudable ventaja de evitar la discrecionalidad gubernamental que voluntaria o involuntariamente podría derivar en utilizar criterios de asignación que primaran a determinados sectores o empresas generando diferentes tipos de distorsiones.

A pesar de lo dicho, también es cierto que estos sistemas alternativos no han sido descartados del todo. Por ejemplo, el Plan de asignación de emisiones español considera que «*los derechos de la reserva de nuevos entrantes que eventualmente no fueran utilizados serán subastados, en su caso*». Sin embargo, estos derechos suponen un porcentaje muy pequeño (un 3,5 por 100 en el plan inicial, que posteriormente ha sido rebajado) y de ese porcentaje sólo se subastaría aquellos derechos que no fueran utilizados (que, como argumentaremos, se puede anticipar que en el caso de existir derechos sin utilizar sería de escasa cuantía).

Por qué se opta por el sistema de reparto gratuito entre los sectores afectados. *Prima facie*, la razón hay que encontrarla en que la Directiva citada es consciente del potencial efecto distorsionador de carácter asimé-

trico —en función de la afectación sectorial— que podría generar el sistema de asignación de los derechos de emisión, así como de la inexistencia en Europa de mercados similares. Como se señalaba más arriba, las disposiciones comunitarias sobre asignación de derechos se orientan, de acuerdo con su propio criterio, «a mantener la integridad del mercado interior y evitar distorsiones de la competencia», y se ha entendido que la asignación gratuita es la que implica menores costes directos *a priori* para aquellos que necesitan del permiso de emisión. También es verdad que la Directiva es a la hora de evaluar el sistema e introduce la necesidad de realizar un seguimiento de cómo evoluciona el sistema en relación con posibles distorsiones en los mercados, y por ello, en su art. 30, llamado de «Revisión y posterior desarrollo», establece que entre los temas que la Comisión prestará especial interés y sobre los que «elaborará un informe sobre la aplicación de la presente Directiva», estará todo lo referido a «funcionamiento del mercado de derechos de emisión, considerando, en particular, cualquier posible distorsión del mercado». En todo caso, a pesar de las cautelas establecidas en la Directiva, el margen de discrecionalidad y la generación de potenciales distorsiones sobre empresas, tecnologías y sectores del sistema de asignación elegido son elevados.

Sin embargo, una revisión crítica más en profundidad del sistema de asignación gratuita obliga a tener en cuenta que los sistemas alternativos comentados supondrían *de facto* el establecimiento de un impuesto ecológico que recaería únicamente sobre los emisores, en la medida en que éstos tuvieran que pagar para adquirir los derechos de emisión por el conjunto de sus emisiones (y no únicamente por aquellas emisiones que superen su asignación gratuita de derechos), bien a través de la captación de derechos en una subasta, bien a través de la compra de derechos en un supuesto mercado secundario una vez repartidos esos derechos entre los ciudadanos. En el caso de que los derechos adquiridos se emitieran con fecha de caducidad, la carga impositiva se repetiría para cada período hábil.

Por otra parte, una de las consecuencias de optar por alguno de los sistemas alternativos comentados sería la aparición de importantes efectos redistributivos, sobre todo comparado con el sistema de asignación gratuita a los emisores. Por tanto, estos importantes efectos redistributivos van a generar incentivos en los grupos y sectores afectados para resistirse a aceptarlo y, en la medida de lo posible, evitar sistemas de asignación que les perjudiquen en exceso.

Ahora bien, una aplicación mecánica del Teorema de Coase implicaría que, una vez que estén bien definidos los derechos de propiedad, su distribución no afectaría a la eficiencia del sistema. Es decir, esto supondría que los efectos distributivos no serían un argumento, desde el punto de vista de la eficiencia, para decantarse por uno u otro sistema. Si bien habría que tomar esta conclusión de forma matizada, porque si asumiéramos esta implicación, entonces las explicaciones se tendrían que basar,

principalmente, en la influencia de los grupos de presión de las grandes empresas y de los sectores afectados sobre las instituciones comunitarias, para evitar la implantación de sistemas que repercutan todos los costes sobre ellos.

Algunos autores (LAVANDERÍA y RODRÍGUEZ, 2005) se centran en el caso español y comparan un modelo de asignación gratuita directamente entre los emisores (en el que, por tanto, la recaudación del Estado por los derechos es nula) con un sistema en el que se asignan los derechos mediante subasta y en el que, con posterioridad, el Estado distribuye entre los hogares lo recaudado mediante transferencias a tanto alzado¹¹. El resultado que obtienen es que el sistema de distribución gratuita de derechos de emisión entre los emisores permite un mejor comportamiento, desde el punto de vista del bienestar, de la economía española. La explicación intuitiva de este hecho recaería en la mayor disminución de la producción que experimentarían la mayor parte de los sectores afectados en el sistema de subasta. Aunque estos resultados teóricos siempre hay que tomarlos con reserva (debido, entre otras cosas, a la necesidad de adoptar numerosos supuestos restrictivos). Sin embargo, pueden aportar diferentes indicios y evidencia útil, así como ayudar a explicar la decisión adoptada por la UE al adoptar el sistema de asignación gratuita.

En todo caso, hemos dado por hecho que se cumplen los requisitos del Teorema de Coase, entre ellos los de los costes de transacción nulos y, sobre todo, la parte referida a que los derechos de propiedad están bien definidos. Sin embargo, con la actual estructura del Protocolo de Kioto, estamos lejos de que la definición de los derechos de propiedad sea completa. Por ejemplo, es conocido que solamente una parte de los países industrializados, así como los países con economías en transición, han firmado el Protocolo, y entre los firmantes, algunos, como Estados Unidos o Australia, no lo han ratificado. Por tanto, podríamos decir que existe una definición incompleta de los derechos de propiedad: sólo se necesita derechos de emisión para emitir gases de efecto invernadero en los países que han ratificado el Protocolo de Kioto, mientras que en los demás las emisiones serían, desde este punto de vista, gratuitas¹². Esta falta de cumplimiento de uno de los requisitos del Teorema de Coase puede ser el origen de diversas argumentaciones que se basarían en los temores de pérdidas

¹¹ Este tipo de transferencias tiene la característica de que son eficientes, ya que no distorsionan la toma de decisiones de los agentes económicos. Por su parte, no son fáciles de implementar en la práctica.

¹² Adicionalmente, habría que añadir una indefinición interna nacional, en el caso de la UE, al fijar derechos solamente para ciertos sectores industriales y no para el conjunto de la economía. Esto significa en la práctica que solamente algunos contaminadores tienen que pagar por utilizar la atmósfera. Curiosamente, en la primavera de 2005 el Ayuntamiento de Madrid, a través de su Concejalía de Medio Ambiente, detectó que el 76 por 100 de la contaminación tiene como origen el uso de vehículos de motor. Pues bien, cualquier propietario de vehículo, al menos en estas fases iniciales de aplicación del Protocolo, no necesita de los permisos correspondientes. Como se señala en el texto, la razón inicial está asociada a los costes de transacción que supondría autorizar solamente a aquellos vehículos que tuvieran los correspondientes derechos de emisión.

de competitividad de las factorías radicadas en los países que han ratificado Kioto.

Desde este punto de vista, la decisión de asignar el grueso de los derechos de emisión gratuitamente entre los emisores trataría precisamente de enfrentarse a este potencial problema de pérdidas de competitividad. Hay que tener en cuenta que ésta no es una discusión nueva. En la UE se ha estado debatiendo en las últimas décadas sobre la posibilidad de imponer impuestos ecológicos («ecotasas») sobre las actividades contaminantes. Este tipo de impuestos finalmente no se ha llegado a aprobar en el ámbito europeo, siendo uno de los principales argumentos en su contra las consecuencias en el empleo que podría generar la pérdida de competitividad de las factorías europeas.

En definitiva, la asignación de derechos gratuita es una solución a partir de un estado de cosas determinado que difícilmente soluciona todos los problemas que genera la aparición de los derechos de emisión. De hecho, las condiciones de acceso para aquellos que tienen que entrar en mercados en los que ya se han repartido los derechos de forma gratuita supone una dificultad competitiva importante y, en este sentido, quedan alteradas las condiciones de competencia en esos mercados. Por otra parte, el coste de oportunidad de producir en «países-Kioto» sigue existiendo. Supongamos una empresa eléctrica que tiene una planta en España y otra en Marruecos. Aun en el caso de que se le haya asignado derechos de emisión gratuitos a la planta radicada en España, esta empresa incluiría el coste del derecho de emisión cuando realice sus cálculos de cómo asignar la producción entre las diferentes plantas. Naturalmente, esto es debido a que por cada derecho que se aplique a la producción de la planta española se está renunciando a obtener el ingreso que obtendríamos por su venta en el mercado. Por tanto, el problema de la competitividad es algo más complejo, tiene más derivaciones y no se resolvería simplemente con la asignación gratuita de derechos de emisión. En todo caso, parece que este sistema puede ser menos lesivo para los intereses de las empresas ya instaladas en el territorio de los países-Kioto.

4. LA DINÁMICA COMPETITIVA: EL MODELO EUROPEO DE ASIGNACIÓN Y LOS NUEVOS ENTRANTES

No obstante, aun en el caso de aceptar que el sistema de asignación gratuita puede ser el sistema que presenta menos desventajas «globales», habría que ser conscientes de sus limitaciones e inconvenientes y de los problemas que su aplicación puede originar.

Ya hemos comentado que uno de estos problemas es la elevada discrecionalidad (aun teniendo en cuenta las limitaciones que impone la Directiva) que tienen los Estados para proceder a realizar las asignaciones. Este

hecho, unido a la utilización de criterios y de supuestos que necesariamente pueden ser objeto de diferentes interpretaciones y opiniones (en algunos casos se refieren, por ejemplo, a cómo se espera que evolucione una determinada tecnología), ofrece un elevado campo para la actuación de los grupos de presión¹³. Este hecho podría generar importantes distorsiones debido a que, al menos desde un punto de vista teórico, la influencia y la fuerza relativa de los grupos de presión podría ser una importante variable que ayude a explicar el resultado final de las asignaciones.

Para ilustrar lo que queremos decir, reproducimos, como ejemplo, la siguiente afirmación incluida en el Plan de asignación español que resume los criterios utilizados para realizar las asignaciones:

«Básicamente, se ha considerado las proyecciones de emisión basadas en las emisiones históricas. A partir de estas proyecciones se ha calculado la capacidad de reducción de emisiones de cada sector para efectuar la asignación a nivel sectorial».

Es decir, por un lado, en la asignación de emisiones se tienen en cuenta las «emisiones históricas», para cuyo cálculo es necesaria la información proporcionada por los titulares de las instalaciones. Naturalmente, estos datos están sujetos a unos procedimientos de verificación. Pero, aun asumiendo que éstos procedimientos sean correctos y dejen poco margen a la interpretación de las cifras, si las proyecciones que se derivan de las emisiones históricas fuesen el único criterio utilizado, el resultado sería que se premiaría (con más derechos de emisión) precisamente a los sectores más contaminadores y, a su vez, dentro de los sectores, a las empresas más contaminadoras. Por tanto, este sistema supondría un cierto castigo para aquellas empresas y sectores que hubieran realizado en el pasado más esfuerzo para reducir sus emisiones.

Naturalmente, como se recoge en el párrafo anteriormente reproducido, este criterio se complementa con el cálculo de la «capacidad de reducción de emisiones de cada sector»¹⁴. Es decir, que para realizar las asignaciones el Estado tiene que realizar un cálculo de cómo en el futuro los diferentes sectores podrían proceder a reducir sus emisiones. Es de suponer que estos cálculos se realizan utilizando, entre otras, la información sobre la previsible evolución de la tecnología o la previsible potencialidad de aplicación a los procesos productivos de tecnologías actualmente existentes. Esto refleja, en cualquier caso, la necesidad que tiene el Estado en apoyar sus decisiones en criterios volubles e interpretables y en los que,

¹³ Otros aspectos de esta cuestión han sido tratados en DURÁ y CUERDO (2006).

¹⁴ En cuanto a las capacidades de cada sector para gestionar sus emisiones, es preciso subrayar lo señalado por la OCDE (2006) referido a que España todavía está por debajo del total de TECO₂ *per capita* de la media de la UE y que es precisamente la actividad de transporte la que está sensiblemente por encima del nivel de TECO₂ *per capita* de la media de la UE (un 33 por 100 más). Es cierto que en todos los casos la tendencia en la nueva situación tiene que ser la reducción, pero también hay que tener en cuenta quiénes son los sectores que más van contribuir a empeorar la situación.

además, depende profundamente de los contactos y la información que proporcionen los propios sectores interesados. Desde este punto de vista, los obstáculos a los que se enfrenta el Estado son muy importantes y podríamos considerar algunas similitudes con los que se enfrentaban los programas de planificación indicativa.

Como ya se ha señalado, hay que subrayar que se aprecia una voluntad política inicial de no castigar la estructura actual de actividad previa a la puesta en marcha de los compromisos del Protocolo de Kioto en la UE. Evidentemente, esa estructura es el resultado de unas decisiones de inversión y una estructura de costes anteriores, tanto sectorial como de instalación, que se corresponden con precios relativos históricos tanto de *inputs* como de tecnologías principalmente que no pudieron tener en cuenta esta nueva restricción medioambiental¹⁵.

La idea que podemos extraer de la anterior reflexión es la existencia de unos márgenes amplios dentro de los cuales es posible argumentar de manera razonada posturas diferentes (por ejemplo, para calcular «la capacidad de reducción de emisiones de cada sector»). Por tanto, éste es un campo que, al menos desde un punto de vista teórico, presenta indudables márgenes para la actuación de los grupos de presión de los grandes sectores que siempre serán capaces de aportar informes bien argumentados que apoyen sus puntos de vista.

La discrecionalidad en el sistema de asignación gratuito de derechos puede alterar también la dinámica competitiva y acabar en un problema de consecuencias negativas en la evolución de la competitividad y de los competidores a futuro de los sectores afectados¹⁶. Nos estamos refiriendo al tratamiento de los nuevos entrantes. Éste es un punto crucial, ya que afecta a la evolución de la competencia y, por tanto, a la asignación de recursos que se realiza inicialmente. El tratamiento de los nuevos entrantes en la normativa de asignaciones y la necesidad de contar con los derechos de emisión podría plantearse en términos del establecimiento de nuevas barreras a la entrada (y los potenciales problemas del incremento de poder de mercado de los ya instalados).

No obstante, la Directiva europea es consciente de este problema. Así, por ejemplo, establece que: «*al decidir la asignación, los Estados miem-*

¹⁵ Aunque la acumulación de derechos TECO_2 en la UE y en España quede limitada temporalmente, en ciertos casos anteriores, como en la Powder River Basin Coal en Estados Unidos, la aparición de derechos de emisión transables relacionados con la lluvia ácida provocó, a partir de la información de los primeros precios de subasta y transacción, una acumulación de derechos que finalizó en una sobreinversión y una reducción exagerada de emisiones (SCHMALENSE, JOSKOW, ELLERMAN, MONTERO y BAILEY, 1998).

¹⁶ El informe de la OCDE (2006) sobre políticas energéticas referido a España señala que, respecto al año 1990, en el año 2002 el total de emisiones se había incrementado en un 39 por 100. Por otra parte, hay que señalar que en los últimos años España está creciendo muy por encima de la media comunitaria y por encima de las previsiones macroeconómicas que fijaron los objetivos de emisión. Es decir, la economía española tiene que observar los derechos TECO_2 como un *input* relativamente más escaso y, como consecuencia de ello, las presiones sobre su control tienden a incrementarse.

bros tendrán en cuenta la necesidad de dar acceso a los derechos de emisión a los nuevos entrantes» y que *«el plan [nacional de asignación] incluirá información sobre la manera en que los nuevos entrantes podrán comenzar a participar en el régimen comunitario en el Estado miembro de que se trate»*. En todo caso, son referencias muy vagas y abiertas (básicamente consisten sólo en tener en cuenta a los nuevos entrantes e incluir información de cómo serán tratados).

Llevándolo al caso más concreto de la economía española y partiendo del Decreto-ley 5/2004, de 27 de agosto, que tiene por objeto la transposición de la citada Directiva, se anuncia la posterior aprobación del Plan Nacional de Asignación en el que se incluiría *«una reserva para nuevos entrantes y la metodología aplicable para la asignación de los derechos incluidos en dicha reserva»*. Ya en el plan español de asignaciones¹⁷ (aprobado el 6 de septiembre de 2004 su primera versión y el 21 de enero de 2005 en su versión definitiva) se incluyen algunas afirmaciones en las que se reconocen las posibles distorsiones que se pueden generar con un trato inadecuado de los nuevos entrantes. Así, se incluye que *«España ha optado por el establecimiento de una reserva gratuita para los nuevos entrantes, con la finalidad de garantizar a los nuevos entrantes en acceso a los derechos, respetando de esta manera en la aplicación de este criterio el principio de igualdad de trato...»*. En todo caso, en lo que comentamos a continuación se puede observar lo difícil que es conseguir este objetivo.

En primer lugar, el Real Decreto-ley que transponía la Directiva permitía aplicar diversos criterios para la asignación de los derechos a los nuevos entrantes (afortunadamente no utilizados en el Plan Nacional de Asignaciones). Estos criterios abrían la posibilidad de utilizar los derechos de emisión como un instrumento de otras políticas, en principio diferentes para las que estaban diseñados (como la política regional o el fomento de determinadas tecnologías). En concreto, se establecía que dichos derechos se asignarían *«teniendo en cuenta el orden temporal de solicitud, el uso de tecnologías energéticamente eficientes. Asimismo, en la distribución de los derechos incluidos en la reserva de nuevos entrantes se podrán tener en cuenta criterios de cohesión territorial»*. Es decir, parece que se estaba pensando en utilizar los derechos para discriminar en función de las tecnologías utilizadas o en función de la zona geográfica donde se ubicaría la nueva planta. Esto, desde nuestro punto de vista, hubiera generado una distorsión adicional al utilizar los derechos de emisión en una función para lo que no estaban pensados inicialmente y para la que existen otros instrumentos de política económica que los derechos de emisión.

¹⁷ Un total de 957 instalaciones tienen reconocidos derechos de emisión. Por cantidad de derechos distribuidos, casi el 50 por 100 corresponden al sector eléctrico, un 25 por 100 al sector de transformados no metálicos, un 9 por 100 al refino de petróleo y casi un 7 por 100 a la siderurgia. El resto se reparten entre otros sectores industriales como la industria papelera o aquellas instalaciones diversas con cogeneración.

En otro orden de cosas, pero relacionado con los nuevos entrantes, en el plan de asignación español se recurre, únicamente, al criterio del orden temporal: «*la distribución se hará por orden de petición (“first come, first served”)*». Este sistema de asignación cuenta con la indudable ventaja de la objetividad. Sin embargo, también puede generar comportamientos estratégicos en el que los potenciales nuevos entrantes adelanten o atrasen, según el caso, sus peticiones de derechos de emisión. Hay que recordar que el plan de asignaciones «experimental» se establece para un período de tres años (2005-2007), después del cual le seguirá un nuevo plan de asignaciones que supuestamente también podría incluir una reserva gratuita para nuevos entrantes.

Pues bien, para intentar evitar que los nuevos entrantes adelanten sus peticiones, el plan establece que «*la falta de puesta en funcionamiento en los tres meses inmediatamente posteriores a la fecha prevista en la autorización determinará la extinción de ésta y, en consecuencia, la devolución a la reserva de los derechos no expedidos*». En situaciones en que se anticipe una escasez de derechos para nuevos entrantes esto no elimina el incentivo a acelerar los planes de puesta en marcha de instalaciones en los primeros momentos de aprobación de cada plan (es decir, mientras que todavía estén disponibles derechos gratuitos). De igual modo, una vez agotados estos derechos gratuitos, existirán incentivos a retrasar la puesta en marcha de nuevas instalaciones hasta el comienzo del nuevo plan de asignaciones. Es decir, en la decisión de los agentes económicos de proceder a introducir o ampliar instalaciones entra en juego un nuevo elemento que es totalmente discrecional y ajeno a las circunstancias de los mercados: la posibilidad de la existencia de derechos gratuitos de asignación de una manera discontinua en el tiempo.

En el caso de España, podría ocurrir que durante buena parte del año 2006 y el 2007 ya no existieran derechos gratuitos. Éstos no volverían a estar disponibles gratuitamente hasta el 2008. Es decir, el problema no sólo se origina debido a que se agotan los derechos gratuitos, sino a la expectativa de que en un momento en el futuro sea posible de nuevo obtener derechos de manera gratuita. Esto último, indudablemente, generaría incentivos a retrasar la puesta en marcha de instalaciones y a reducir con ello la intensidad competitiva de ciertos sectores de actividad.

Se puede argumentar que este problema se solucionaría con una buena estimación de los derechos que se prevé que se puedan solicitar. Sin embargo, el problema no reside sólo en que las previsiones sobre la evolución futura de la competencia (a un plazo de tres años) son bastante difíciles de realizar (como reiteradamente la experiencia se encarga de mostrarnos). También nos encontramos con que los nuevos entrantes no disponen de un «*lobby*» que presione por sus derechos (por lo menos igual de bien organizado que los de los agentes ya instalados). Esto es importante, ya que el Gobierno al que le toque elaborar los sucesivos planes de asignación va a estar tentado siempre a suavizar en alguna

medida las fuertes presiones que reciba de los ya instalados, incrementando sus derechos. Indudablemente, si el conjunto global de derechos no se puede ampliar (como ha intentado el Reino Unido y finalmente parece que el Tribunal Europeo le ha dado la razón) ese incremento se tendrá que realizar a costa de los derechos de otros sectores y el candidato natural va a ser la reserva de los derechos de los nuevos entrantes (es decir, del grupo con menor poder de presión en el momento de tomar la decisión¹⁸).

Desde este enfoque teórico, podríamos predecir que la reserva de derechos para nuevos entrantes va a tender a situarse por debajo de las previsibles necesidades futuras de los nuevos entrantes. Esto es importante, ya que al final no tanto el coste como la incertidumbre sobre la obtención o no de los derechos van a constituirse en verdaderas nuevas barreras a la entrada que dificultarán la aparición de nuevos competidores en el mercado (ya que es previsible que estos costes para los ya instalados que quieran ampliar sus plantas van a tender a ser menores). Pensemos que en sectores que se están abriendo a la competencia, este problema es aún mayor (el ejemplo típico sería un sector como el de generación de electricidad).

Este resultado basado en argumentos teóricos puede ser consistente con lo observado en la evolución de la asignación de derechos de emisión en lo que se refiere a la reserva de nuevos entrantes. Así, por un lado, en el plan inicial español, la reserva para nuevos entrantes se segregaba entre diferentes sectores (quizás recogiendo las presiones de los ya instalados en algunos de los sectores para los que se reservaba una parte de estos derechos para nuevos entrantes). Sin embargo, en respuesta a la Comisión Europea esto se modifica y se elimina la desagregación sectorial en la reserva de derechos para nuevos entrantes. De este modo, ningún sector tiene asegurado la asignación de derechos de emisión para proyectos futuros.

Por otro lado, en la aprobación final del Plan Nacional de Asignación español (21 de enero de 2005) se realiza una importante redistribución de las asignaciones de derechos de emisión en relación con la realizada en el Plan aprobado previamente (6 de septiembre de 2004). Como hemos comentado, desde un punto de vista teórico el «sector» que es probable que salga más «perjudicado» en esta nueva reasignación es el que *a priori* va a tener una defensa de sus intereses menos fuerte: el sector de nuevos entrantes.

Efectivamente, el sector de nuevos entrantes es el que ha resultado más perjudicado. La nueva asignación supone una reducción drástica de los derechos de emisión asignados a la reserva para ellos (que pasan de un

¹⁸ Este argumento se podría matizar en algún grado, ya que dentro de los nuevos entrantes también se incluyen las ampliaciones de las instalaciones o la construcción de nuevas por parte de los ya instalados que lógicamente también podrían defender estos derechos.

total de 5,4 millones de toneladas a sólo 3 millones, es decir, una disminución de un 44 por 100!). De acuerdo con las informaciones de prensa, la explicación de este sorprendente cambio la ofreció el Ministerio de Industria (no el Ministerio de Medio Ambiente, que es el que había llevado el peso en la elaboración inicial del Plan Nacional de Asignación), quien dijo que «*la reasignación ha sido posible porque los nuevos cálculos indican que los [derechos de los] llamados nuevos entrantes no serán necesarios en su totalidad*»¹⁹.

En esta explicación se pueden ver resumidos los inconvenientes teóricos del sistema de asignación gratuito con una amplia discrecionalidad por parte de los Estados. Es decir, en este caso, en apenas cinco meses, las previsiones del Gobierno en relación con los nuevos entrantes disminuyen en un 44 por 100. Esta laxitud en las previsiones ilustra el problema que comentábamos anteriormente en relación con los problemas que genera el basar las asignaciones en estimaciones sobre la evolución de la competencia o sobre la evolución de los avances técnicos en determinados sectores. El amplio margen que ofrecen estos sistemas es un campo muy propicio para la actuación de los grupos de presión y en el resultado final va a tener gran influencia la fuerza relativa de cada uno de estos grupos (con el resultado observado se podría mantener que, efectivamente, la fuerza del grupo de presión de los nuevos entrantes es muy reducido).

En el Plan español también existen otras disposiciones que podrían ir en contra de los intereses de los nuevos entrantes. Por ejemplo, se establece que «*los derechos que se asignen a los nuevos entrantes no serán proporcionalmente mayores que los asignados a instalaciones ya existentes*», aunque, por el contrario, no se recoge que tampoco serán menores. Asimismo, también se incluye que la asignación de derechos a nuevos entrantes se realizará teniendo en cuenta, entre otros factores, «*la capacidad media de producción de las instalaciones ya existentes en el sector*». Esta redacción puede perjudicar, en términos generales, a los nuevos entrantes que se presume que utilizarán una tecnología más avanzada y que, por tanto, es de esperar que la utilización de su capacidad sea mayor que la «media» del sector.

En todo caso, toda esta reflexión no hace sino subrayar los inconvenientes que presenta el sistema elegido por la UE para la asignación de derechos de emisión basado en la asignación gratuita a los titulares de instalaciones emisoras. Sin embargo, estos comentarios no implican que tengamos que decantarnos necesariamente por alguno de los otros siste-

¹⁹ Adicionalmente, se comentaba que algunos proyectos de plantas de ciclo combinado se habían adelantado y ya se incluyen como instalaciones existentes y, por tanto, se eliminan de la bolsa de potenciales nuevos entrantes. Curiosamente el subsector de generación mediante ciclos combinados también ve reducidas sus asignaciones y es un sector en el que no se preveían nuevos entrantes, como el de generación de electricidad mediante carbón, el que acapara el mayor incremento de las nuevas asignaciones.

mas alternativos²⁰, sino que el objetivo principal sería llamar la atención sobre estos defectos (excesiva discrecionalidad, excesivo campo de actuación de los grupos de presión, insuficiente defensa de los nuevos entrantes, etc.) en los que pensamos que se ha puesto poco énfasis.

En este sentido, las próximas «Cumbre del Clima», obligadas a fijar nuevos objetivos para el Protocolo más allá de 2012 (sino antes con la elaboración del plan de emisiones para el período que empieza en 2008), deberían ser capaces —de momento no lo han sido— de diseñar y utilizar sistemas de asignación menos discrecionales y con una menor discriminación potencial para los nuevos entrantes. Y si no fuera así, la UE debería tenerlo muy presente para compatibilizar en toda su extensión y rigor los compromisos de Kioto y los objetivos de no distorsión de la competencia, al menos la potencial.

5. LAS AGRUPACIONES DE INSTALACIONES Y LOS EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA

Otro elemento de interés para la defensa de la competencia es el análisis del art. 28 de la Directiva 2003/87/CE. En este artículo se dice que se pueden formar *agrupaciones de instalaciones* de la misma actividad y para el período en vigencia del Plan de emisiones. Curiosamente es un artículo que no encuentra sitio en la retahíla de considerandos del preámbulo de la Directiva tantas veces citada en este trabajo. Efectivamente, en ninguno de los treinta considerandos previos al articulado se justifica la introducción de esta figura colectiva de gestión sectorial de derechos de emisión y, por supuesto, no se hace mención alguna a sus ventajas ni a sus posibles efectos sobre la competencia.

Dada esa ausencia de justificación inicial, puede resultar interesante saber por qué es relevante sindicarse sectorialmente los derechos de emisión y, sobre todo, si a través de estas prácticas se puede conseguir que este *input* básico para la entrada en el sistema no esté disponible para terceros y se tenga alguna opción de producir un indeseable efecto de cierre de mercado. Lógicamente, es preciso mantener la perspectiva del análisis en el uso de los derechos de emisión como barrera de entrada y observar los posibles problemas que acarrearían para terceros entrantes estos elementos institucionales complementarios dentro del sistema general de asignación de derechos.

Tal y como se plantea el texto de la Directiva, todo apunta a que una agrupación de instalaciones esté pensada como un acuerdo entre competi-

²⁰ El colectivo «Grupos Ecologistas», entre los que se encuentran asociaciones como Greenpeace o Ecologistas en Acción, consideran (aunque principalmente por otros motivos) que «*las dificultades que se han detectado con la cuestión de los nuevos entrantes son una clara señal de que el sistema de subastas deberá convertirse cuanto antes en el método principal de asignación*».

dores. Este acuerdo podría ser efectivo como barrera frente a terceros si el cierre de mercado de forma coordinada se puede trasladar a los precios y evitar precisamente las presiones de entrada. Es decir, si el coste de oportunidad por no vender derechos se puede amortiguar con mayores rentas extraordinarias y, además, se da un valor de la elasticidad de demanda-precio sectorial lo suficientemente bajo. Entonces aparecen incentivos para mantener cerrado el mercado. El acuerdo entre los ya instalados puede ser estable siempre que, bajo las circunstancias ya apuntadas, no existan derechos disponibles gratuitos²¹ —o éstos sean muy escasos— o la adquisición de derechos de emisión por parte de terceros, obtenidos por compra en los mercados secundarios, por reducción de la contaminación originada o por derechos de absorción, se sitúe en un precio que elimine buena parte de las rentas extraordinarias existentes²² antes de la propia entrada del nuevo competidor y de la existencia de derechos. En estos casos, se podría limitar la competencia potencial y distorsionar la dinámica competitiva. Otra posibilidad es utilizar conjuntamente el total de derechos para fijar el precio de mercado por debajo de los costes marginales resultantes de la introducción de los derechos TECO₂ y generar un mecanismo estable de expulsión (aunque no se trate de entrantes, este sustantivo es el más aclaratorio) de competidores (potenciales). Si bien en este caso habría que suponer que a partir de un determinado momento el mercado deja de ser contestable.

En la Directiva queda claro que se trata de un tipo de agrupación que contará con un administrador fiduciario a quien se le expenderán todos los derechos que correspondan a los agrupados de un determinado sector de actividad de los incluidos en el Anexo B. Pero también este agente fiduciario será el responsable de la entrega sindicada de derechos. Esto significa que se podrían repartir internamente los derechos —y transarlos también— en función de que cada una de las instalaciones cumpla no ya con sus propios objetivos de emisión, sino con la cuota de producción que se le asigne, una vez sindicados los programas de producción.

Por otra parte, la solicitud para la formación de este tipo de agrupación deberá hacerse ante la «autoridad competente» nacional. No obstante, la Comisión podrá, en el plazo de tres meses a partir de su recep-

²¹ La situación es especialmente relevante si se tienen en cuenta sectores oligopolizados con tradición y condiciones para un comportamiento cartelizado. De hecho, si los instalados se organizan para no sacar sus derechos al mercado, producirán un incremento de los precios de los derechos TECO₂ para aquellos entrantes que no los tengan, dependiendo de la elasticidad del precio de la demanda de derechos y de la pendiente de la curva de coste marginal de reducción de las emisiones (HANLEY, SHOGREN y WHITE, 1997). Evidentemente, los instalados con derechos y una política coordinada no tienen por qué hacer el mismo esfuerzo en costes de inversión para reducir las emisiones y, probablemente, si el acuerdo es estable, tampoco tendrán muchos incentivos para ello. Pero quizás más grave sea que la actuación coordinada en el mercado de derechos, a partir de su asignación inicial, provoque señales equívocas y desincentive el esfuerzo inversor de terceros ante un nivel de incertidumbre mayor respecto del precio de esos derechos TECO₂.

²² Se supone que estas rentas tienen que existir para que haya incentivos a la entrada.

ción, «rechazar toda solicitud que no cumpla los requisitos de la presente Directiva», aunque admite que se puedan presentar modificaciones que finalmente permitan a la Comisión autorizar la agrupación. Hay que subrayar la intervención tanto de autoridades nacionales como de la autoridad comunitaria. Sin duda, este tipo de previsiones en el procedimiento comunitario de autorización de agrupaciones de instalaciones contaminantes puede originar importantes efectos sobre la seguridad jurídica del proceso. En el caso español, y podría ser el caso de los otros países, se puede dar la circunstancia de que, a pesar de que la agrupación tenga ámbito nacional, de que toda la normativa comunitaria en esta materia se ha transpuesto —es decir, los requisitos de la normativa comunitaria son requisitos nacionales— y de que el Consejo de Ministros le haya dado su visto bueno, la Comisión podría denegarla. La conclusión no puede ser otra que, aun aceptando la existencia de la necesaria seguridad jurídica en todo el procedimiento, ésta se alambica extraordinariamente.

Pero más allá de la anterior disgresión sobre algunas de las dudas jurídicas suscitadas, la cuestión cobra más interés desde la perspectiva de un acuerdo entre competidores, analizable a la luz del art. 81 del Tratado. Es evidente que las reflexiones anteriores ponen sobre el tapete la necesidad de saber cómo se pueden tener en cuenta los elementos anticompetitivos que surgirían de un acuerdo de estas características y, *a fortiori*, saber cómo se ha transpuesto esta norma en el caso español. Entre otras cosas, porque los acuerdos que infringen el art. 81 del Tratado y se permiten finalmente por sus efectos positivos sobre la eficiencia general y sobre el bienestar general —en tanto que compensan aquellos otros negativos sobre la competencia— tienen actualmente un tratamiento distinto en la Unión Europea y en España.

Desde la perspectiva de la autorización de una agrupación de instalaciones, de acuerdo con la Directiva europea, hay que señalar que no parece que se haya situado de manera más explícita bajo el prisma de un supuesto de acuerdo de los del art. 81, probablemente y entre otras cosas porque, en el procedimiento comunitario, este tipo de acuerdos se resuelven por autoevaluación de las empresas. El art. 28 en su apartado 5 señala que se rechaza aquella solicitud que «no cumpla los requisitos de la presente Directiva». Ahora bien, con el ánimo de alumbrar todas las exigencias del Tratado, especialmente en su art. 81, y dado que ese apartado 5 también dice explícitamente que «sin perjuicio de lo dispuesto en el Tratado», si se observaran indicios de daños en la competencia efectiva en el mercado correspondiente, parece lógico que la Comisión se tuviera que pronunciar sobre una autorización para la constitución de una agrupación de instalaciones emisoras de gases de efecto invernadero con carácter previo. En otro caso, ocurriría que algo autorizado expresamente por la Comisión se pudiera encontrar con un expediente sancionador por quebrantamiento del art. 81 del Tratado.

Pero si emergen algunas dudas a la aplicación del art. 28 de la Directiva, aparecen otras añadidas a la transposición de esta Directiva en la legislación nacional española. No se debe olvidar que en España actualmente rige un procedimiento para autorizaciones singulares que provienen de acuerdos prohibidos por el art. 81 del Tratado, el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia española.

En España, la Ley 1/2005, de 9 de marzo, de Regulación del Régimen del Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero, transpone la Directiva de la UE mencionada. Como no puede ser de otra manera, también dedica varios artículos a la posibilidad de agrupar instalaciones en torno a un administrador fiduciario. En el caso español, el art. 9 de esa Ley establece que la agrupación estará constituida por instalaciones incluidas en el Anexo 1 de la propia Ley y que la solicitud ha de hacerse al Ministerio de Fomento. Abundando en el procedimiento, el apartado f) del art. 11 señala que entre la documentación que se habrá de entregar deberá constar un «informe explicativo valorando la incidencia de la agrupación en el mercado interior». Posteriormente, será el Consejo de Ministros el que apruebe la solicitud, «a propuesta de los Ministerios de Medio Ambiente, de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio, y de la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, previo informe de las Comunidades Autónomas en cuyos territorios se ubiquen las instalaciones solicitantes y del Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda. Este último informe se entenderá sin perjuicio de las actuaciones que procedan en aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia».

La apariencia del párrafo anterior es que el legislador español, a diferencia del comunitario, ha tenido en cuenta de manera mucho más explícita los aspectos relativos a la defensa de la competencia²³. Ahora bien, ¿cuáles son las actuaciones que proceden en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia? ¿Se trata de actuaciones *ex post* a los informes citados o se trata de actos administrativos *ex ante*, procedentes de la autoridad de defensa de la competencia, una vez conocida la iniciativa de constituir una agrupación?

Conviene reparar en el art. 11 de la Ley 1/2005, puesto que de toda la documentación que debe acompañar el solicitante al Ministerio de Fomento, lo único que supone una evaluación diferente y no tasada *a priori* es el informe sobre la incidencia en el mercado interior. El resto de la documentación requerida supone que la agrupación cuente con un administrador fiduciario de garantías, que todos los partícipes acrediten la posesión de todos los derechos de emisión que se agrupan, el período para el que se solicita y la acreditación de la identidad de las instalaciones y de

²³ Hasta el punto de que en la Disposición Transitoria quinta de la Ley 1/2005 se ha excluido de esta posibilidad a las instalaciones de producción de energía eléctrica de servicio público.

sus titulares. Como colofón, en el art. 12 se dice que las instalaciones del Anexo I, si tienen administrador fiduciario y tienen los derechos correspondientes, entonces se autorizará si, y esto es lo especialmente relevante, «se valoran favorablemente sus efectos sobre la competencia, el mercado interior y el interés de los consumidores²⁴».

Es evidente que el legislador español ha previsto que actúen algunos de los órganos encargados de velar por la defensa de la competencia. De hecho, el informe de carácter preceptivo que impone la Ley 1/2005 exige del Servicio de Defensa de la Competencia, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, por tanto, que se aplique el art. 31 de la Ley de Defensa de la Competencia. Más concretamente, su apartado e) o su apartado k), en los que se asignan funciones específicas de información, asesoramiento, recomendaciones o propuestas al Gobierno. No obstante, sigue manteniéndose la duda de si esto agota el recurso a la legislación española de defensa de la competencia.

En todo caso, no se puede perder de vista que la solicitud de agrupación podría estar afectando a las condiciones de competencia en España y no parece suficiente con un informe del Servicio de Defensa de la Competencia, sino más bien la estricta aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en todos sus extremos²⁵. Por otra parte, es difícil una lectura de la norma que permitiera la aplicación del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia a partir de la decisión del Consejo de Ministros, tal y como está concebido el procedimiento de autorización de este tipo de agrupaciones.

Lo que sí está claro es que la autoridad de defensa de la competencia en España, el Servicio de Defensa de la Competencia instruyendo y el Tribunal de Defensa de la Competencia resolviendo, podrá intervenir cuando proceda aplicar la Ley 16/1989, tal y como se señala al final del apartado citado. En este caso: ¿es necesario aplicar *a priori* y siempre la LDC en los casos de solicitud de agrupaciones de instalaciones de las citadas en el Anexo I de la Ley 1/2005? En tal caso, ¿cuál sería el artículo LDC que se estaría invocando para tal aplicación? Lo que sí parece obvio es que no estamos ante un caso de control de concentraciones en el que todo proyecto de concentración deberá ser notificado al Servicio de Defensa de la Competencia y que éste informará acerca del mismo al Gobierno, pudiendo, de acuerdo con el art. 15 bis de la Ley de Defensa de la Competencia, proponer al Ministerio de Economía y Hacienda que

²⁴ En el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, se prevé en su art. 7, apartado 3, que el Servicio de Defensa de la Competencia solicite informe preceptivo al Consejo de Consumidores y Usuarios previsto por art. 22.5 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

²⁵ Hay que entender que el informe del Servicio de Defensa de la Competencia es sin perjuicio de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, tal y como señala el texto de la Ley 1/2005.

remita el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia en «aquellos proyectos u operaciones... que considere pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, para que aquél, previa audiencia, en su caso, de los interesados dictamine al respecto». Hay que mirar hacia el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en el que se dice que se prohíbe todo acuerdo *«que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional»*.

Como ya se ha señalado, el tipo de acuerdo que exige una agrupación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero establecido entre los propietarios de las instalaciones contaminantes, de acuerdo con el Anexo I de la Ley 1/2005, gira en torno a la gestión conjunta de un *input* de producción que difícilmente se podría obtener en el mercado, al menos podría ser muy restrictivo para nuevos entrantes, dadas las condiciones que se señalan en la Ley. Es decir, la entrega de todos esos derechos de emisión a un administrador fiduciario, su gestión y su comercio, supone un acuerdo de voluntades para realizar una política coordinada de gestión de *inputs* (derechos de emisión) que puede producir efectos distorsionadores de la competencia. En este sentido cabría su inclusión dentro del art. 1, apartado 1, letras *b)* y *c)*, de la Ley de Defensa de la Competencia. En estos casos, aun estando prohibido este tipo de conjunción de voluntades empresariales y de acuerdo con el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, el acuerdo también podría suponer una mejora en la producción o en la promoción del progreso técnico que vaya más allá de los efectos distorsionadores sobre la competencia, siempre que suponga que los consumidores o usuarios participen de las ventajas, no impongan restricciones que no sean indispensables a las empresas interesadas y no se consienta la posibilidad de eliminar competencia.

Pero, en todo caso, este tipo de acuerdos debe someterse al procedimiento de un expediente de autorización singular de los señalados en el art. 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y sobre el que finalmente resuelve el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Por lo tanto, cabe una revisión de la pregunta que nos hacíamos más arriba: ¿las agrupaciones de instalaciones contempladas en el Anexo I de la Ley 1/2005, a la luz de la actual legislación de defensa de la competencia en España, necesitan de autorización singular por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia?

Nunca sabremos a ciencia cierta si el propio minotauro conocía el laberinto, pero en el caso que nos ocupa, y de acuerdo con la letra de la Ley 1/2005, se deja en manos del Consejo de Ministros una autorización de agrupación de instalaciones, pero no la autorización final que corresponde a la Comisión, y con su autorización tampoco se cierran todas las vías de agua a posibles expedientes sancionadores. La reflexión anterior nos lleva a pensar que este tipo de agrupaciones tendría que llegar a ese

Consejo de Ministros con una Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y no solamente con un Informe del Servicio de Defensa de la Competencia.

Tanto en el caso español como en el comunitario, se apunta a que la Directiva y su transposición en España se han hecho sin dejar tapados todos los agujeros por los que se puede escapar la seguridad jurídica de estos procedimientos. Es cierto que se observa una mejor comprensión del asunto por parte española, aunque la falta de una solución más acabada y consciente de todos los posibles inconvenientes apunta a que se ha legislado como si el régimen de autorización singular en la UE y en España fuera el mismo y, sobre todo, como si no fuera necesaria una autorización singular cuando el acuerdo suponga una prohibición del art. 81 del Tratado.

En opinión de los autores, quizás hubiera sido mejor que la Ley 1/2005 hubiera previsto en su articulado algún tipo de régimen de exención por categorías hasta que se pueda aplicar en España un nuevo marco regulatorio de defensa de la competencia que en materia de autorizaciones singulares coincida en lo fundamental con el procedimiento comunitario. Estando las cosas así, el problema no queda bien resuelto y podría darse el caso de que una autorización de agrupación del Consejo de Ministros fuera denunciada ante las autoridades de defensa de la competencia como un ilícito del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Es evidente que supondría una importante inseguridad jurídica para los agentes económicos implicados, a mayor abundamiento de la inseguridad por alambicamiento y exceso de elipsis que se derivan del procedimiento planteado desde la Directiva de la UE.

6. CONCLUSIONES

El Protocolo de Kioto establece un nuevo marco institucional para la producción de bienes de ciertos sectores a nivel mundial.

La consecución de los objetivos del Protocolo introduce un nuevo *input* (derechos TECO_2) y con ello refuerza la necesidad de autorizar administrativamente ciertas actividades productivas.

Dados los costes de transacción, el Protocolo se reduce a unos pocos sectores y a unos cuantos gases. En el caso de la UE, todavía se reducen más esos ámbitos de aplicación. Esto significa que los objetivos recaen finalmente sobre muy pocos pero poderosos agentes que a través de sus *lobbies* tendrían que intentar paliar los efectos más negativos y aprovechar la nueva situación en beneficio propio.

La incompletitud del acuerdo en términos de países, sectores y agentes podría originar una dinámica de localización de la actividad diferente

a la conocida. A su vez, podría discriminar a unos competidores frente a otros.

La Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2004, de Régimen para el Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero, se decanta por un sistema de asignación de derechos gratuitos que presenta ventajas e inconvenientes frente a otros sistemas de asignación. En todo caso, deja un margen de discrecionalidad importante a las autoridades encargadas de aplicar el acuerdo y, por lo tanto, exige mucho cuidado para no provocar asimetrías entre operadores, especialmente entre los instalados y los entrantes.

El tratamiento de los nuevos entrantes puede llegar a ser un problema para las condiciones de mercado y de competencia real y potencial. En el caso español se ha observado una evolución preocupante en el tratamiento que la legislación ha ido dando a los entrantes a medida que se ha aproximado la aplicación del Protocolo. En todo caso, sería bueno que las próximas Cumbres del Clima se planteen sistemas de asignación en los que se reduzca la discrecionalidad.

El procedimiento en materia de agrupaciones de instalaciones emisoras de gases contaminantes no ha tenido suficientemente en cuenta todos los aspectos relacionados con la defensa de la competencia en la UE y en España, lo que origina cierto alambicamiento en la seguridad jurídica de los agentes afectados. Quizás la transposición en España tendría que haber contado con alguna adenda que introdujera la posibilidad de exención por categorías con el fin de no introducir elementos de inseguridad jurídica en el procedimiento español.

BIBLIOGRAFÍA

- COASE, R. H (1960), «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, núm. 3, pp. 1-44.
- CROCKER, T. (1966), «Structuring of atmospheric pollution control systems», en H. WOLOZIN (ed.), *The Economics of Air Pollution*, Nueva York, Norton.
- DALES, J. H. (1968), *Pollution, Property and Prices*, Toronto, University of Toronto Press.
- DURÁ, P., y CUERDO, M. (2006), «Aspectos económicos del Protocolo de Kioto», en *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, núm. 25, Madrid (en prensa).
- HANLEY, N.; SHOGREN, J. F., y WHITE, B. (1997), *Environmental Economics*, McMillan Press, Houndmills.
- LABANDEIRA, X., y RODRÍGUEZ, M. (2005), *Narrow vs wide and auctioned vs grandfathered pollution markets: an illustration for Spain*, comunicación presentada a las VII Jornadas de Política Económica., Vigo, 24-25 de noviembre de 2005.
- LARSON, D. F. (1999), «Risks, Lessons Learned, and Secondary Markets for Greenhouse Gas Reductions», *Policy Research Working Paper*, 2090, World Bank, marzo.

OCDE (2006), *Energy Policies of IEA Countries: Spain 2005, Review*, París.

SCHMALENSE, R.; JOSKOW, P. L.; ELLERMAN, A. D.; MONTERO, J. P., y BAILEY, E. M. (1998), «An Interim Evaluation of Sulfur Dioxide Emissions Trading», *Journal of Economic Perspectives*, vol 12, núm. 3. pp. 53-68.

STAVINS, R. N. (1998), «What Can We Learn from the Grand Policy Experiment? Lessons from SO₂ Allowance Trading», *Journal of Economic Perspectives*, vol 12, núm. 3. pp. 69-88.

TIENTEBERG, T. H. (1985), *Emissions Trading: An Exercise in Reforming Pollution Policy*, Washington, Resources for the Future.

SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Mercedes PEDRAZ CALVO
Magistrado

1. INTRODUCCIÓN

El profesor Paul A. Geroski (presidente de la UK *Competition Commission* hasta agosto de 2005), en una conferencia titulada «*Is Competition Policy worth it?*» (septiembre de 2004), reflexionaba sobre el hecho de que el sistema administrativo de defensa de la competencia consume recursos públicos, por lo que debe producir beneficios que justifiquen el empleo de dichos recursos. Como profesor de Economía iniciaba su exposición donde, así lo señalaba él mismo, empiezan instintivamente los economistas: analizando los beneficios de la política de defensa de la libre competencia. Tras valorar los beneficios para los consumidores (los que se pueden medir con cifras arrojaban unas superiores a las de los gastos incurridos por las autoridades de defensa de la competencia) y para las empresas (la mayoría de los beneficios recaen, a su juicio, sobre éstas y sólo de forma indirecta sobre los consumidores), el profesor Geroski incluía un tercer grupo de efectos beneficiosos: los llamados «efectos disuasorios» que se alcanzan incluso cuando las autoridades encargadas de proteger la libre competencia no hacen nada. Señalaba que la mera existencia de estas autoridades tiene el efecto de prevenir que las empresas lleven a cabo conductas prohibidas, que sus resoluciones sientan precedentes que los operadores entienden y aceptan, y que tales efectos aparecen cuando las empresas modifican sus comportamientos en el curso de un procedimiento de infracción a fin de atenuar las consecuencias.

Pero, ¿qué ocurre con las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia al revisar las resoluciones de las autoridades administrativas de defensa de la competencia?, ¿producen beneficios añadidos? (distintos de los que en términos de control de legalidad de la actuación administrativa produce la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa), Y si es así

¿cuáles?, ¿se ejecutan antes y en forma más exacta las resoluciones que no se recurren o, por el contrario, las que son confirmadas por sentencia firme?

En el ámbito de la defensa de la competencia del Estado español, gran parte de las resoluciones sancionadoras dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia son impugnadas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Con el escrito de interposición del recurso, mayoritariamente, se solicita la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión de la ejecución del acto administrativo: se ha discutido sobre la ejecutividad de las resoluciones impugnadas antes de serlo (en el plazo de dos meses previsto por la ley para interponer recurso contencioso-administrativo), después de solicitada la suspensión, cuando se deniega o cuando se concede, y el auto dictado por la Sala es susceptible de recurso de súplica o de recurso de casación... pero ¿se ejecuta el acto administrativo cuya suspensión es denegada en todo o en parte antes de dictarse sentencia confirmándolo o anulándolo?, y si no se ejecutan entonces, ¿qué ocurre cuando se dicta la sentencia? (fecha en la que, en circunstancias normales, habrán transcurrido un cierto número de meses o años desde que tuvieron lugar los hechos origen del litigio).

En este ámbito de reflexión, la siguiente cuestión que se suscita es aquella sobre la que giran estas líneas: la ejecución de las sentencias dictadas en los recursos contencioso-administrativos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Partiendo de la base comprobada en los últimos quince años de que la mayoría de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional confirman estos acuerdos y de la generalizada ausencia de incidentes de ejecución en esta materia (salvo notorias excepciones), la propia configuración de los fallos de las resoluciones sancionatorias del Tribunal de Defensa de la Competencia suscita la duda de si la conciencia o la cultura empresariales en la materia o los efectos disuasorios de que hablaba el profesor Geroski han impuesto la más inmediata y estrecha ejecución de dichas resoluciones (voluntariamente o compelidos por la Administración) o si, por el contrario, la actuación administrativa y judicial se agota respectivamente con la resolución y la sentencia.

El contenido del fallo de una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado en un expediente sancionador suele incluir varios apartados, básicamente los siguientes:

- 1.º Declarar que una o varias empresas han incurrido en una práctica prohibida por el correspondiente precepto de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado determinadas conductas.
- 2.º Imponer a la responsable o responsables una sanción, en su caso.
- 3.º Intimirlas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las conductas declaradas contrarias a la Ley.

- 4.º Ordenar a las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de la resolución en el *Boletín Oficial del Estado* y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

Estas líneas no versan sobre la naturaleza jurídica de tales pronunciamientos, ni sobre los problemas que en general plantea la ejecución de los actos administrativos y de las sentencias contencioso-administrativas, sino sobre los mecanismos de seguimiento y ejecución en beneficio de los competidores y los consumidores, de los acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia y las sentencias que resuelven los recursos interpuestos contra las mismas.

2. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS CONTRA LOS ACUERDOS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La doctrina ha recordado que la ejecución de la sentencia contencioso-administrativa plantea muchas cuestiones que son comunes con las que suscita la ejecución de cualquier otra sentencia judicial, no sólo civil: la existencia de normas especiales para la ejecución según cual sea la naturaleza del pronunciamiento a ejecutar, la previsión legal de normas para el incumplimiento de la sentencia mediante la novación de las obligaciones impuestas, o la adopción de medidas coercitivas para hacer frente a la inejecución o la ejecución contraria a lo acordado en el fallo.

La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, por otra parte, tiene una significativa peculiaridad: la conjunción de la potestad jurisdiccional de ejecución con la prerrogativa de la autotutela de las Administraciones Públicas. La falta de ejecución o la ejecución tardía de las sentencias que estiman el recurso frente a la Administración ha llegado a adquirir los caracteres de un problema crónico en la reciente historia judicial española, y entroncaba directamente con la previsión contenida en la anterior Ley jurisdiccional que encomendaba la ejecución de la sentencia «al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto de recurso», en franca contradicción con el art 117 de la Constitución, según el cual «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales».

La Ley de 1998, en el art. 103, párrafo 1, atribuye la potestad de ejecutar las sentencias a los jueces y Tribunales: es así que la ejecución de las sentencias es una actividad jurisdiccional, de carácter procesal, porque la actividad de ejecución se lleva a cabo bajo la jurisdicción del juez o Tribunal que dictó la sentencia y con sujeción a los principios de contradicción e intermediación sobre la base de la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Esta Ley establece igualmente la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, nulidad que puede ser declarada por el Tribunal sentenciador en el incidente de ejecución. Por otra parte, se ha previsto la posibilidad de imponer multas coercitivas, la exigencia de responsabilidad penal o la reposición de la situación «al estado exigido por el fallo». Se establece igualmente un sistema para los supuestos en que, transcurridos «los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo», no se haya producido la ejecución voluntaria de la sentencia, en cuyo caso el juez o Tribunal podrá «adoptar las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado».

En general, la ejecución de sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa que plantea problemas es la de aquellas en que se ha declarado nula o anulado la actuación administrativa por ser contraria a Derecho, es decir, las sentencias contra la Administración (en tal sentido ver Milagros LÓPEZ GIL, *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Madrid, Aranzadi, 2004). La situación es la contraria en el supuesto de las dictadas en la materia que nos ocupa: se trata, como se ha indicado más arriba, mayoritariamente, de sentencias que o bien confirman íntegramente el acto administrativo impugnado o bien estiman en parte el recurso para reducir el importe de la sanción impuesta o, excepcionalmente, resolver la improcedencia de la imposición de sanción. En todos los casos, siempre que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se hubiese resuelto declarar la existencia de conductas prohibidas, contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia (las sentencias que resuelven inadmitir el recurso y confirman resoluciones de archivo o cuestiones procedimentales no participan de los problemas de ejecución), se declara la responsabilidad de los operadores que las han llevado a cabo y se intima al cese.

3. LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS

Históricamente el pago-cobro de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia no ha planteado problemas, excepto cuando se ha solicitado de la Audiencia que se declare prescrito el derecho de la Administración al cobro por su inactividad, pese a haberse denegado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado y confirmado.

Tal fue el supuesto estudiado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2003, que resolvió el recurso interpuesto contra un acuerdo del Consejo de Ministros que impuso una sanción a varias empresas como autoras de una infracción de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia el día 27 de septiembre de 1991, denegándose la suspensión en vía administrativa. Las entidades sancionadas recurrieron

ante el Tribunal Supremo, que acordó la suspensión de la ejecución de la sanción por Auto de 9 de marzo de 1993, suspensión condicionada a la prestación de garantía, la cual no fue prestada, incumpléndose, en consecuencia, el requisito necesario para que la medida cautelar fuese efectiva. El Alto Tribunal dictó Sentencia el 15 de febrero de 1999 confirmando el acto administrativo impugnado.

Las empresas sancionadas se dirigieron entonces al ministro de Economía solicitando declarase prescrito el derecho de la Administración al cobro de la multa al haber permanecido totalmente inactiva durante los años (siete) de tramitación judicial del recurso contencioso-administrativo, no haber intentado ejecutar el acto administrativo pese a haberse denegado la suspensión de su ejecución.

La Sala sentenciadora estudió en primer lugar cuál era la norma de aplicación para la determinación del plazo de prescripción, teniendo a la vista que, tratándose de una norma de carácter sancionador, por imperativo del art. 9.3 de la Constitución, no se le pueden reconocer efectos retroactivos a la norma que sea desfavorable al sancionado.

Con esta base señala la sentencia los elementos que sirven de guía en esta búsqueda de la norma de aplicación: 1) la resolución administrativa en materia sancionadora tiene carácter constitutivo, y es desde la fecha de imposición de la sanción que puede operar la prescripción; 2) la Ley aplicable a la prescripción de sanciones es la vigente al tiempo de la imposición de las mismas; 3) al haberse impuesto la litigiosa por Resolución de 9 de septiembre de 1991, cuando ya estaba en vigor la Ley 16/1989, le es de aplicación el régimen de prescripción de sanciones en ella establecido.

Una vez establecido el plazo relevante se plantean dos nuevos problemas: 1) si la prescripción opera mientras un órgano judicial, ejerciendo potestades jurisdiccionales, examina la conformidad a derecho de la relación jurídica en la que se habría producido la prescripción, y 2) la incidencia de la falta de actividad de ejecución de la Administración, dado el carácter ejecutivo de los actos administrativos.

La primera pregunta se responde enmarcando la cuestión en el ámbito de los efectos materiales de la litispendencia, para concluir que la regla general en tres órdenes jurisdiccionales —el civil, contencioso-administrativo y laboral— es la inmutabilidad de la relación jurídica enjuiciada por la actuación del órgano judicial que de ella conoce, con la consecuencia de que la actuación judicial nunca puede operar la prescripción de derechos, obligaciones o facultades derivados de tal relación jurídica.

En el orden judicial penal la regla general es la contraria, y pendiente una actuación judicial puede producirse la prescripción de infracciones y sanciones penales, lo que suscitaba una nueva duda, dado que los principios del Derecho penal son de aplicación en el ámbito administrativo san-

cionador, y la prescripción se reclamaba de una sanción impuesta por la comisión de una infracción administrativa.

La sentencia continúa razonando que el juez contencioso-administrativo no ejerce la potestad administrativa sancionadora, no integra, pues, la relación jurídica que tal potestad genera, es ajeno a la misma y dirime el conflicto que ésta genera entre quienes la constituyen: la Administración y el sancionado. El juez contencioso-administrativo enjuicia una relación preexistente cuya existencia, desarrollo y extinción le es ajena; por ello la prescripción opera en el ámbito administrativo, pero no en el judicial.

La segunda pregunta que la Sala de la Audiencia Nacional se formulaba era la incidencia de la falta de actividad de ejecución de la Administración, dado el carácter ejecutivo de los actos administrativos, partiendo de la base de que son ejecutivos, salvo suspensión de su ejecutividad, y lo son aun cuando se hayan interpuesto recursos frente a los mismos. La respuesta que da la sentencia es que la Administración tenía obligación de ejecutar el acto administrativo sancionador, pero que no lo hiciera no es por sí mismo reflejo de la inactividad —sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiese lugar, de haberlas, por la falta de ejecución—, porque la Administración de hecho actuó, aunque en otro ámbito, y ese ámbito no era otro que el judicial, manteniendo ante el Tribunal Supremo la legalidad del acto administrativo, y en concreto de las sanciones, hasta lograr una sentencia favorable a sus pretensiones. Por tanto, según concluye la sentencia, existió inactividad en un ámbito, el administrativo, relativo a la ejecución de las sanciones, pero existió actividad y afirmación de la procedencia de las sanciones en el ámbito judicial con la correlativa inexistencia de la prescripción pretendida por las empresas sancionadas.

Esta sentencia aborda otro problema de ejecución especialmente sugerente, pero que queda fuera de los límites de este trabajo: la sucesión en responsabilidad por las sanciones administrativas cuando tiene lugar una sucesión de empresas. Esta cuestión, ampliamente tratada en Derecho tributario, con desiguales resultados jurisprudenciales, y una reciente y discutida solución legislativa en la Ley 58/2003, General Tributaria, ha encontrado distintos tratamientos legales y jurisprudenciales en función de los diferentes ámbitos de actuación administrativa.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2003 declaró que, dado el carácter personalísimo de las sanciones tanto penales como administrativas, las mismas no pueden ser impuestas directa o indirectamente a otros sujetos distintos de aquellos responsables de la infracción, lo que imposibilita la sucesión en las sanciones.

4. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS

Retomando la cuestión de la ejecución de las sentencias dictadas en sede contencioso-administrativa resolviendo recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia declarando cometida una o varias infracciones, el acto administrativo contiene habitualmente, como se señaló más arriba, además de la condena al pago de una multa, otros pronunciamientos.

En relación con estos otros posibles restantes pronunciamientos del acto administrativo que se confirma, el punto de partida se sitúa en la determinación de si es posible o no acceder a la ejecución de una sentencia desestimatoria firme.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de julio de 1996, estableció lo siguiente:

«Así pues, si un Tribunal de Justicia deniega una petición de suspensión del acto impugnado, los problemas posteriores que pueden surgir respecto de esa ejecución son problemas administrativos y no judiciales, porque no es la decisión judicial (de contenido negativo) la que ha de ser ejecutada, sino el acto administrativo conforme a sus reglas propias (lo mismo sucede con las sentencias desestimatorias del orden contencioso-administrativo, de las que no cabe ninguna ejecución judicial porque, libre ya el acto administrativo de la pendencia del proceso, los problemas que puedan surgir no se derivarán de éste, sino del acto mismo y de las facultades administrativas para su ejecución)».

Igualmente, en la Sentencia de 22 de septiembre de 1999 (recurso de casación núm. 6211/97), y con mayor claridad si cabe, el Alto Tribunal resaltaba que:

«Resulta poco frecuente que un demandante solicite la ejecución de una sentencia que ha desestimado sin más su recurso contencioso-administrativo. Y ello se debe (tal como muy juiciosamente ha puesto de manifiesto reiteradamente el Ayuntamiento demandado en el incidente de que tratamos y en este recurso de casación) a la circunstancia de que, siendo la sentencia desestimatoria, es decir, confirmatoria del acto administrativo impugnado, la ejecución que procede es la del acto, y no la de la sentencia, la cual, a efectos de ejecución, lo ha dejado intacto, sin quitar ni añadir nada a su propia fuerza ejecutiva.

Es por ello que, siendo la ejecución del acto y no de la sentencia desestimatoria, su práctica corresponde al Ayuntamiento y no al Tribunal de Justicia, sin que sea lícito solicitar a la Sala aclaraciones sobre la ejecución del acto, o decisiones sobre la forma, modos, maneras, condiciones o procedimientos para su ejecución, pues de esa forma se pretende hacer del Tribunal de Justicia un asesor jurídico de la Corporación legal, al margen de la vía procesal y de lo decidido en el recurso, que desnaturali-

zaría con toda evidencia la función judicial contencioso-administrativa. Pues una sentencia desestimatoria confirma el acto administrativo impugnado, lo deja tal como fue dictado por la Administración demandada, y el Tribunal de Justicia no puede decir ni aconsejar ni ordenar a aquella cómo tiene que ejecutarlo; un acto administrativo confirmado judicialmente no goza de ninguna fuerza ejecutiva especial, sino que tiene la misma que cualquier otro acto no impugnado».

La doctrina acepta igualmente que es procedente desplazar al ámbito administrativo los problemas que pudieran derivarse de la ejecución de una resolución administrativa que ha sido declarada ajustada a Derecho por sentencia judicial firme, totalmente desestimatoria del recurso interpuesto contra aquélla.

Consecuencia directa de ello es que, en tales casos, lo que debe ejecutarse es la propia resolución administrativa, cuya conformidad a Derecho se ha visto respaldada definitivamente por los Tribunales, y no la sentencia desestimatoria dictada, de naturaleza meramente declarativa, que se ha limitado a constatar la adecuación a la legalidad de la resolución administrativa, pero sin añadir a ésta un contenido nuevo y distinto del que ya tenía.

Por tanto, en el supuesto de las sentencias dictadas en relación con los acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia, las cuestiones que pudieran suscitarse en relación con el cumplimiento del fallo no derivarían de la sentencia, sino de la ejecución del propio acto recurrido, y, en consecuencia, deben ser resueltas por la Administración, y no por la Sala sentenciadora, en ejecución de la resolución de aquélla, que fue declarada ajustada a Derecho mediante sentencia.

Al tiempo, la nueva resolución, en tanto que acto administrativo, en su caso, podría ser susceptible de impugnación jurisdiccional, recurso cuya viabilidad depende de los términos en que se haya dictado el acto de ejecución.

Obviamente, la inactividad administrativa (la no ejecución) es igualmente susceptible de impugnación (art. 25.2 de la Ley jurisdiccional: *«También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho en los términos establecidos en esta Ley»*).

En un único supuesto podría ejecutarse una sentencia desestimatoria: planteando la ejecución provisional. El Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 16 de mayo de 2001, indica que:

«No puede hablarse de infracción del art. 98.1 de la Ley Jurisdiccional, toda vez que el mismo se limita a establecer que la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución de la resolución recurrida. Se trata, pues, de una simple previsión legal sobre la susceptibilidad de ser ejecutada provisionalmente la sentencia o auto recurrido, sin ninguna

otra acotación o condicionamiento, y no cabe duda que la ejecución provisional puede recaer sobre la totalidad o parte del fallo de la sentencia.

Por otro lado, la jurisprudencia de esta Sala (Auto de 11 de enero de 1993, Sentencias de 30 de junio de 1998, 26 de febrero y 5 de noviembre de 1999) ha especificado los requisitos que permiten esa ejecución provisional, abstractamente contemplada en el art. 98.1 antecitado, indicando que los presupuestos que pueden habilitar esa ejecución provisional son los siguientes: a) expresa solicitud de la parte vencedora en la instancia; b) prestación de caución suficiente para responder de los posibles perjuicios que pudieran ocasionarse, y c) la consideración de la reparabilidad de dichos perjuicios, siendo los dos primeros requisitos consecuencia de la aplicación del art. 1.722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoriamente aplicable según la Disposición Adicional sexta de la Ley Jurisdiccional, y el tercero, por analógica exigencia de lo prevenido en el art. 385 de la Ley ritaria civil.

CUARTO. No cabe la menor duda, ni es discutido, que en los presente autos ha habido expresa solicitud de ejecución provisional por la parte vencedora en la instancia, no existiendo razón alguna para dudar de la concurrencia del primero de los requisitos exigidos para la ejecución provisional.

Los otros dos requisitos han de ser examinados, en relación con los preceptos citados como infringidos, a la luz de la interpretación de los arts. 1.722 y 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no puede entenderse infringido el art. 1.723 de esta misma Ley, que se refiere al supuesto de solicitud de la ejecución provisional, después de remitidos los autos al Tribunal Supremo, lo que no ha acontecido en este supuesto.

Tampoco puede entenderse relacionado con el objeto ahora cuestionado el art. 14 de la Constitución, que se limita a sancionar el principio de igualdad ante la Ley de todos los españoles, que en modo alguno ha sido negado o cuestionado en la sentencia.

Y tampoco se desprende infracción alguna del art. 117.3 del texto constitucional, que determina que la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde a los Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento establecidas, y que no ha sido vulnerado, ya que la petición y resolución sobre la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación se ha hecho por el mismo órgano que dictó la sentencia, que es el competente según el art. 1.722 de la LEC, y dictando la resolución que entendió pertinente al efecto».

En el supuesto en que la sentencia aún no es firme, por estar pendiente el recurso interpuesto contra la misma, los efectos respecto al acto administrativo y a las facultades de la Administración en relación con su ejecución están en la situación de interinidad o vigencia provisional similar a la que tenían cuando se dictó el auto denegando la suspensión, pero la Sala podrá adoptar actuaciones de ejecución.

Este punto de vista, la improcedencia de ejecutar las sentencias desestimatorias, no es pacífico: autores con tanto conocimiento de causa como Pascual SALA, Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO y Juan Antonio XIOL (magistrados del Tribunal Supremo que en la fecha de publicación del

libro estaban destinados los tres en la Sala Tercera del Alto Tribunal), en su obra *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, sostienen que «*en principio, las sentencias llamadas confirmatorias, es decir, las desestimatorias del recurso contencioso-administrativo, son sentencias meramente declarativas, y de ahí que la doctrina procesal entienda que no requieren de una actividad ejecutiva como las sentencias de condena contra la Administración, pues su eficacia se agota en su misma existencia y notificación a las partes. Por otra parte, la Administración no pierde sus potestades de ejecución —consecuencia del principio de autotutela— cuando resulta victoriosa en un proceso administrativo, de tal suerte que nada le impide utilizar las facultades para la ejecución administrativa forzosa previstas en la LRJYPAC o el procedimiento tributario de apremio, procedimientos administrativos de ejecución que contemplan medidas (apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas: art. 96 LRJYPAC) incluso más eficaces para obtener el cumplimiento de las prestaciones de hacer que las previstas en el proceso civil de ejecución*».

Los autores exponen los hechos que a su autorizado juicio abogan por la ejecutabilidad de las sentencias desestimatorias: una sentencia desestimatoria refuerza la posición de supremacía de la Administración, y «*la pasividad de la Administración en la ejecución de un acto administrativo que ha sido confirmado por la sentencia comporta un incumplimiento de ésta para la parte codemandada que ha resultado favorecida por el fallo absolutorio y que a veces es la parte verdaderamente interesada en el resultado del proceso*».

En relación con las sentencias dictadas resolviendo recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia, ésta es la conclusión verdaderamente relevante: la codemandada (habitualmente es la denunciante que comparece a sostener la conformidad a derecho del acto administrativo) podría, con base en esta doctrina, exigir la ejecución de una sentencia desestimatoria, en cuanto «interesada» en que el acto administrativo se cumpla en sus propios términos.

Otra conclusión expuesta por los citados autores es que si la ejecución del acto administrativo confirmado por la sentencia requiere una autorización de entrada y registro, el órgano competente para dictarla será el que dictó la sentencia, como excepción de lo dispuesto en el art. 8.5 de la Ley Jurisdiccional, entendiéndose que a aquél corresponde la ejecución.

5. ALGUNOS SUPUESTOS EN QUE SE HAN PLANTEADO PROBLEMAS DE EJECUCIÓN

Veamos a continuación alguno de los supuestos que se han planteado en la práctica más reciente, en relación con la ejecución de sentencias de la

Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictadas en recurso contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El primer ejemplo lo constituyen sentencias dictadas los días:

- 1.º 30 de mayo de 2005 (recurso contencioso-administrativo núm. 589/2002), sobre acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 16 de julio de 2002, que acuerda el archivo de la denuncia presentada por la actora frente a la codemandada X.
- 2.º 8 de febrero de 2006 (recurso contencioso-administrativo núm. 765/03), sobre acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 22 de octubre de 2003, en el expediente 548/02-M contra acuerdo del director general de Defensa de la Competencia de 7 de noviembre de 02, que acuerda el archivo de la denuncia presentada por la actora frente a X por distintas infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia.
- 3.º 1 de marzo de 2006 (recurso contencioso-administrativo núm. 135/04), sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 27 de enero de 2004, relativa a archivo de expediente por denuncia de conductas prohibidas contra X.

En todos los casos se habían presentado denuncias por conductas prohibidas en relación con contratos relativos a la venta de carburantes, y el archivo de las mismas se fundamentó en que entre las prácticas objeto de denuncia y las descritas en la resolución dictada por el TDC en el expediente sancionador 490/00 existía una identidad suficiente como para entender improcedente la incoación de un nuevo expediente sancionador.

El Acuerdo que puso fin a dicho expediente 490/00 fue impugnado ante la Audiencia Nacional, no habiéndose dictado sentencia, pero sí auto firme denegatorio de la suspensión de la ejecución del acto administrativo.

La Sala resolvió en las referidas sentencias que no cabe instruir un nuevo expediente para analizar la naturaleza de los contratos suscritos por X y determinadas estaciones de servicio, porque han sido objeto de análisis y sanción en el expediente 490/00, indicando, en concreto en la de 1 de marzo de 2006, que *«si se trata de un incumplimiento de un acuerdo del TDC cuya ejecución no ha sido suspendida, y los contratos son similares, lo relevante es el incumplimiento por parte de X de las obligaciones impuestas por un acto administrativo que debe ser cumplido, no la incoación de un nuevo expediente sancionador por tal circunstancia, dado que ya se ha declarado que tal conducta es constitutiva de una infracción y se ha impuesto una sanción»*.

En relación con este mismo expediente, el 490/00, el día 19 de abril de 2006 el Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado una «Resolución de ejecución de sentencia», recogiendo estos antecedentes:

1. El 11 de julio de 2001 dictó Resolución en el expediente citado, en cuya parte dispositiva se acordó, entre otras decisiones, la declaración de práctica prohibida y la intimación a X «para que cese en la fijación de precios».
2. Contra dicha Resolución, X interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional solicitando la suspensión cautelar de su ejecución en tanto se sustanciase el recurso;
3. El 15 de enero de 2002 la Audiencia Nacional dictó Auto denegando la suspensión cautelar interesada, lo que fue confirmado por la propia Sección al resolver el recurso de súplica formulado contra dicho Auto.
4. El Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 13 de julio de 2005, confirma la denegación de la suspensión cautelar.

La denunciante solicitó al Tribunal de Defensa de la Competencia la ejecución del acto administrativo, dictándose esta Resolución de 19 de abril de 2006:

«Según datos proporcionados por el Servicio de Defensa de la Competencia, al que corresponde la vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, no consta que se haya dado cumplimiento a lo ordenado en el apartado 2 de la parte dispositiva de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001. Por otra parte, el Servicio comunica que X ha abonado, con fecha 18 de febrero de 2002, la multa que le fue impuesta y ha procedido a la publicación de la parte dispositiva de la citada Resolución en el Boletín Oficial del Estado».

El Tribunal de Defensa de la Competencia fundamenta su resolución en la ejecutividad de los actos administrativos y recuerda que la intervención de la Comisión Europea (ante la que la empresa sancionada adquirió determinados compromisos) «no impiden que los órganos nacionales de defensa de la competencia velen por el cumplimiento de su Resolución, de manera que debe requerirse a la empresa sancionada para que acredite que ninguno de los contratos a que se refiere el apartado 1 de la parte dispositiva de aquélla, así como ninguno de los contratos similares o de iguales características a éstos, mantiene la cláusula que permite a X fijar precios de venta a las estaciones de servicio, debiendo demostrar, en su caso, X al servicio el cumplimiento, en todos los casos, de dicha conducta».

Como instrumento idóneo para asegurar el cumplimiento de este mandato, el Tribunal, «teniendo en cuenta la gravedad de la conducta sancionada, la importante disminución de la competencia que genera, el volumen de negocios de la empresa obligada y el número de contratos afectados por la conducta prohibida», impone una multa coercitiva de 3.000 euros por cada día de retraso en acreditar ante el Servicio el cum-

plimiento de la Resolución de 11 de julio de 2001, *«una vez que hayan transcurrido dos meses desde la notificación de esta Resolución, sin perjuicio de que el Servicio pueda incoar nuevo expediente en caso de que se mantuviera la conducta sancionada»*.

Finalmente, el Tribunal de Defensa de la Competencia acuerda igualmente *«dar traslado de esta Resolución a la Audiencia Nacional en prueba de la ejecución de su Auto de 15 de enero de 2002»*.

Los problemas derivados de la tardía o defectuosa ejecución de una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia o de la sentencia dictada en el correspondiente recurso contencioso-administrativo no sólo afectan a los denunciantes o perjudicados: sirva de ejemplo el supuesto resuelto por dos recientes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictadas el día 3 de mayo de 2006 en sendos recursos (612/2003 y 34/2004) interpuestos el primero contra la desestimación presunta y el segundo contra la desestimación expresa (auto del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de noviembre de 2003) de la pretensión ejercitada por una empresa sancionada en incidente de ejecución del expediente 486/00.

Éste se inició por denuncia contra L. por abuso de posición de dominio, formulada el 10 de septiembre de 1996, que concluyó con resolución sancionatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de abril de 2002: se declara cometida la infracción y se intima a la empresa responsable para que se abstenga en el futuro de realizar la conducta abusiva y proceda a efectuar a la denunciante *«los suministros pedidos en condiciones no discriminatorias»*.

El recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la anterior Resolución fue desestimado por Sentencia de 5 de noviembre de 2003 (recurso 341/2002) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

El día 28 de febrero de 2003 la empresa L. sancionada presentó un escrito ante la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, en relación con la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia citada, solicitando declarase que en dicha fecha no existe posición de dominio por parte de L. en el mercado relevante y que la pérdida sobrevenida de la condición dominante lleva como consecuencia la extinción de la obligación de suministro impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 24 de abril de 2002. Esta pretensión fue desestimada por el referido Tribunal en el auto objeto de recurso contencioso-administrativo.

La Sala señala que la sancionada carece de acción para efectuar tal solicitud y que su pretensión es inviable *«en cuanto está dirigida a obtener una modificación de lo resuelto por el TDC por una vía distinta a la de los recursos previstos por la LDC y LICA. En efecto, la parte actora, que ha*

sido sancionada por abuso de posición de dominio por una Resolución del TDC que puso fin a la vía administrativa, pretende, en la ejecución de dicha Resolución sancionadora, un nuevo debate sobre la existencia o no de la posición de dominio, con la pretensión de que se declare que no existe la posición de dominio apreciada en la Resolución sancionadora».

La Sala no aprecia que tuviera lugar, como denunciaba la recurrente, una delimitación incorrecta del mercado de referencia, y razona que no cabe por la vía de un escrito de ejecución modificar la que confirmó la propia Sala de la Audiencia Nacional en su sentencia de 5 de noviembre de 2003.

Un mero recordatorio de las fechas de presentación de la denuncia (10 de septiembre de 1996), de la resolución sancionatoria (24 de abril de 2002) y de la sentencia de la Audiencia Nacional (5 de noviembre de 2003) revela que, si no se habían ejecutado hasta que se formuló el incidente de ejecución de referencia ni el acto administrativo ni la sentencia, las circunstancias del mercado pueden haberse modificado sustancialmente.

6. PREVISIONES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el Anteproyecto de Ley (vista la versión publicada en la fecha de redacción de estas líneas) de Defensa de la Competencia la cuestión de la ejecución de las resoluciones de la Comisión Nacional de Competencia no está tratada en forma específica, pero sí aparecen diversas menciones en el articulado que revelan un propósito en tal sentido.

El art. 43, «Vigilancia de las obligaciones, resoluciones, y acuerdos», tiene el siguiente tenor literal:

«1. La Comisión de competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones. La vigilancia se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y en la propia resolución de la Comisión Nacional de Competencia o Acuerdo de Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento. La Comisión Nacional de Competencia podrá solicitar la cooperación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales en la vigilancia y cumplimiento de las obligaciones resoluciones y acuerdos.

2. En particular, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia resolverá, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración».

El art. 64 tipifica como infracción muy grave el «b) *incumplir o contravenir lo establecido en una obligación dispuesta en la presente Ley y sus normas de desarrollo o en una resolución o acuerdo adoptado en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones*».

Igualmente, el art. 69 en la letra c) establece la posibilidad de que «*sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento*», la Comisión imponga multas coercitivas con el fin de obligar a los agentes económicos «*a la remoción de los efectos provocados por una conducta restrictiva de la competencia*», y en la letra e), «*al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Comisión Nacional de Competencia o del Consejo de Ministros*».

Estas previsiones, junto con los problemas expuestos más arriba, conducen al examen de la siguiente cuestión: ¿quién está legitimado para instar de la Administración o, en su caso, del Tribunal Contencioso-Administrativo la ejecución del acto administrativo o de la sentencia?

El Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 7 de junio de 2005 (recurso 2492/2003, en recurso contra auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en incidente de ejecución) resuelve la cuestión de la legitimación en ejecución de sentencia: en aquel caso ésta implicaba la demolición de obras amparadas en una licencia nula, y la Sala resuelve que la estimación de esta pretensión no implica reconocimiento de una situación jurídica individualizada, que la sentencia produce efectos para «todas las personas afectadas» y que éstas están legitimadas para instar la ejecución.

El voto particular formulado por doce magistrados de la Sala (lo que por sí solo revela lo conflictivo de la tesis de la mayoría) resume las cuestiones tratadas por la sentencia:

«La sentencia sostiene que las personas afectadas, aunque no hubieran sido partes litigantes, deben ostentar legitimación para instar la ejecución forzosa de una sentencia que obliga a la demolición, razonamiento que se fundamenta en los arts. 104.2 y 109.1 de la Ley 29/98, señalando los siguientes criterios:

a) *La actuación procesal de las personas afectadas cabe aunque ya antes se hubiera iniciado, sin su presencia, la fase de ejecución de la sentencia (FJ décimo, penúltimo párrafo).*

b) *Sería el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la ce el que resultaría vulnerado, si no se permitiera la personación en el proceso de ejecución de quien, ostentando un derecho o interés legítimo que pudiera resultar afectado, no pudo ser parte en el proceso declarativo (FJ undécimo, segundo párrafo).*

Así, se llega a la conclusión que “personas afectadas” son aquellas que pueden ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses

legítimos por efecto de la ejecución o de la inexecución de la sentencia (FJ decimotercero, primer párrafo).

Finalmente, la sentencia señala que la controversia que originó el litigio y sigue subyaciendo en el enfrentamiento procesal no es meramente una cuestión privada atinente al derecho a disfrutar luces y vistas, sino una que va más allá, de carácter público y que versa sobre la obligada observancia de la legalidad urbanística (FJ decimosexto, último párrafo)».

Éstos son los razonamientos sobre los que la mayoría de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo construye su tesis:

«Si los dos pronunciamientos que se contienen en la Sentencia de 3 de junio de 1993 producen efectos “para todas las personas afectadas” (inciso primero del art. 72.2 LJ) y no sólo para quienes fueron parte en el litigio, esas personas afectadas, aunque no hubieran sido partes litigantes, deben ostentar, claro es, legitimación para instar la ejecución forzosa de dicha sentencia; para instar, esto es lo importante, la ejecución forzosa del pronunciamiento que obliga a la demolición.

Y así es, en efecto, pues lo dice con toda claridad el art. 104.2 de la LJ, a cuyo tenor, “transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al art. 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa”. Lo vuelve a decir, con igual claridad, el art. 109.1 de la LJ, en el que se dispone que “la Administración Pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución...”. Y lo dice nuestra propia jurisprudencia, que ha precisado que para intervenir en el proceso de ejecución como parte activa no es menester que se haya sido parte en el proceso de conocimiento, sino que basta con que se sea titular de un interés legítimo en la ejecución; lo cual es recordado por el Tribunal Constitucional en la sentencia en la que, precisamente, busca amparo la tesis de los recurrentes: Sentencia núm. 4/1985, de 18 de enero, en cuyo fundamento jurídico núm. 2, párrafo tercero, se lee lo siguiente:

“... Pues bien, la propia LJ, al regular la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional, legitima no sólo a las partes que han comparecido en el proceso principal —las ‘partes en el juicio’ o ‘litigantes’—, sino, más ampliamente, a las ‘partes interesadas’ (art. 110, núm. 1, de la LJ). En este sentido, una sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1959 señaló que el concepto de parte interesada es más amplio que el de parte en juicio, reiterando la doctrina de las anteriores del mismo Tribunal de 18 de enero de 1943 y 21 de noviembre de 1957”.

Sobre esa sentencia del Tribunal Constitucional hemos de volver más tarde para analizar otras cuestiones planteadas en estos recursos de casación. Únicamente advertir ahora que se refiere, claro es, a la Ley de la Jurisdicción ya derogada; lo cual, sin embargo, es intrascendente, pues la LJ vigente no modifica, antes al contrario, la refuerza, la regla que atribuye legitimación a quien es titular de un interés legítimo en la ejecución. Al hilo de esto último, conviene advertir también que es la Ley de la Jurisdic-

ción vigente y no la derogada la que gobierna la ejecución de la Sentencia de 3 de junio de 1993, pues es esto lo que se viene a decir en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, a cuyo tenor: “la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de esta Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella. Las dictadas con anterioridad de las que no constare en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma”».

La sentencia, una vez determinado que las «personas afectadas» pueden instar la ejecución, analiza quiénes son esas personas:

«Hemos de entender por “personas afectadas” aquellas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inexecución de la sentencia... Son, en suma, titulares de derechos e intereses legítimos que resultan negativamente afectados por la inexecución de la sentencia».

La siguiente cuestión es la relativa a la posible extemporaneidad de la personación de esas «personas afectadas»:

«Tal extemporaneidad es inexistente: de un lado, porque el apartamiento (que no desistimiento en el sentido técnico-jurídico que a este término ha de ser dado) del proceso de ejecución de quienes hasta entonces lo habían instado no comporta como consecuencia necesaria la terminación y archivo de tal proceso o fase ejecutiva, sino su pendencia hasta que concluya el plazo hábil en que la ejecución pueda aún ser ordenada. Es así por la circunstancia misma de la atribución de legitimación activa en el proceso de ejecución no sólo a las partes, sino también a las personas afectadas, con inclusión de todas las que efectivamente puedan serlo y sin limitación a las que con anterioridad hubieran podido comparecer como tales. Esta extensión de la legitimación activa deja abierto el proceso de ejecución mientras ésta no haya tenido lugar y en tanto exista plazo hábil para ordenarla. Y, de otro, porque este plazo no había concluido cuando en julio y octubre de 2002 se personaron aquellos propietarios, tanto en la hipótesis de que se defienda la aplicabilidad en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo del plazo quinquenal de caducidad que para interponer la demanda ejecutiva prevé el art. 518 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que ésta, y por lo que hace a ese plazo quinquenal, no retrotrae sus efectos a un momento anterior al de su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 (art. 2, Disposiciones Transitorias, en especial la sexta, y Disposición Final vigésima primera de dicha Ley), como si se sigue defendiendo la postura, tal vez avalada por la idea de que el inicio en sí mismo de la ejecución en este orden jurisdiccional no lo es a instancia de parte (art. 104.1 de la LJ), de que la acción de ejecución está sujeta al plazo general de prescripción de quince años establecido en el art. 1.964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción».

Muy distintas son las conclusiones alcanzadas por el voto particular:

«En fase de ejecución de una sentencia contencioso-administrativa, regida por el carácter rogado de la jurisdicción y en una materia que se funda en principios distintos de los que imperan en la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, no procede el reconocimiento de cualquier personación de parte afectadas en la forma reconocida en la sentencia, por razones legales y jurisprudenciales.

Es cierto que el vigente art. 104.2 de la Ley Jurisdiccional permite a cualquiera de las partes o a cualquier persona afectada instar la ejecución forzosa de la sentencia. Con ello se introduce una distinción entre quienes han intervenido en la fase declarativa del proceso y aquellos otros que se incorporan a él en su fase de ejecución por ostentar algún derecho o interés.

Esto es así porque en el proceso de ejecución no cabe entender el concepto de parte en sentido formal, de tal manera que tan sólo puedan instar la ejecución u oponerse a ella quienes se hayan personado en la fase declarativa, sino en su sentido material, ya que parte en la ejecución puede serlo cualquier persona que pudiera verse afectada por la sentencia.

Esta ampliación de los sujetos legitimados a intervenir en el incidente de ejecución ya se contemplaba en el art. 110 de la Ley de 1956, al reconocer legitimación para intervenir en la ejecución no sólo a las partes litigantes que habían comparecido en juicio, sino también a las partes interesadas.

Ahora bien, esta amplia legitimación de los sujetos a los que se abre la legitimación para interesar la ejecución de la sentencia hay que entenderla matizada para circunscribirla a las personas que pueden verse afectadas por los efectos materiales de la cosa juzgada. Así puede ocurrir que el ejecutante sea una persona distinta de quien obtuvo a su favor la sentencia, bien por sucesión universal, bien por otro tipo de relación obligacional, y algo similar puede ocurrir con la parte pasiva, cuando exista algún fenómeno de pluralidad de partes.

Por tanto, entendemos que los “afectados” de los que habla el precepto no pueden ser otros que aquellos a quienes beneficia o perjudica directamente la sentencia a ejecutar, pero siempre y cuando no hayan intervenido en el proceso por causas ajenas a su voluntad.

En este sentido hay que recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1985, de 18 de enero, que reconoce la legitimación de una persona que no pudo ser parte en el proceso principal pero que tenía un derecho o interés legítimo que podía verse afectado por la ejecución de la sentencia.

Permitir, como ha decidido la sentencia, la personación como ejecutante a quienes estaban legitimados desde un principio para el ejercicio oportuno de las pretensiones que ahora intentan sean actuadas por vía de ejecución, y no lo hicieron oportunamente por simple pasividad o abandono de sus intereses, supone una inaplicación de presupuestos procesales esenciales exigidos por el legislador, tales como los plazos para recurrir y la falta de agotamiento de la vía administrativa, desconociéndose, además, la doctrina del acto consentido y firme, que es básico en el ordenamiento jurídico administrativo y en las relaciones Administración-admi-

nistrado, y que descansa en otro principio fundamental, tal como es el de seguridad jurídica».

Esta doctrina, merecedora de una reflexión por las consecuencias que tiene en orden a la intervención en la ejecución de las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa de los particulares afectados, ofrece particular interés respecto a los litigios sobre resoluciones dictadas en defensa de la competencia. La posibilidad de que otros competidores que no formularon denuncia ni fueron parte en el procedimiento administrativo o en el proceso contencioso-administrativo, o los propios consumidores afectados por las conductas declaradas prohibidas, intervengan en la ejecución abre muchas posibilidades de control de la posterior actuación de la Administración o de los Tribunales sobre la vigilancia del cumplimiento de sus resoluciones o sentencias.

La responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de las sentencias es finalmente una interesante cuestión, que queda fuera del propósito de estas líneas.

7. CONCLUSIÓN

Como señaló el magistrado Joaquín Huelin: *«No hay frustración más intensa que la del trabajo bien hecho cuyos frutos no llegan a ver la luz, ni mayor fracaso de la función jurisdiccional que el de la sentencia que queda en papel mojado. De nada sirve obtener una decisión judicial razonada y razonable, después de un proceso con todas las salvaguardas de contradicción y pleno debate que se quiera, si el formal pronunciamiento que contiene no llega a ser real».*

La ejecución de las sentencias como la de los propios actos administrativos respecto de los que no se haya acordado la medida cautelar de suspensión en vía jurisdiccional es primordial en un ámbito como el del Derecho de la competencia: si se quiere que el sistema alcance verdaderamente sus fines de protección de la libre competencia, a favor de los competidores pero especialmente a favor de los consumidores, no bastan los posibles efectos disuasorios del mismo.

La posibilidad de reconocer legitimación a los «afectados» para exigir la ejecución de las sentencias, el ejercicio del derecho de los «afectados» a requerir a la Administración para que ejecute sus actos, y la utilización de la doble vía de *a)* impugnación de la inactividad administrativa y *b)* la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados por tal inactividad, aparecen como vías de aseguramiento de los intereses protegidos por el sistema de defensa de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BERBEROFF, Dimitry (2006), «Diagnos de la ejecución de sentencias», *Diagnos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín (2001), «Ejecución de sentencias», *Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social*, Manuales de Formación Continua, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- LÓPEZ GIL, Milagros (2004), *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Madrid, Thomson-Aranzadi.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2004), «Interés público como criterio de control de la actividad administrativa», *Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual; XIOL RIOS, Juan Antonio, y FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (1999), *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Barcelona, Bosch.

APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LITIGIOS PRIVADOS

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Magistrado

Ex Vicepresidente del TDC

Letrado, Jefe de Relaciones Institucionales
del Consejo General del Poder Judicial

Desde la vigencia de la primera Ley española de Defensa de la Libre Competencia¹, los órganos jurisdiccionales pertenecientes al orden civil han tenido atribuciones, si bien en diferente grado, en la aplicación de dicha normativa. Como consecuencia de acceder España como miembro a la CEE va a regir en nuestro país el Derecho comunitario, y, por tanto, el Derecho de la competencia, que viene establecido principalmente en el Tratado de Roma. Los órganos jurisdiccionales españoles, junto con la Comisión Europea y las autoridades nacionales designadas para la aplicación de esta normativa, Servicio de Defensa de la Competencia —SDC— y Tribunal de Defensa de la Competencia —TDC—, deberán asumir sus funciones en la aplicación de estas normas del Derecho comunitario.

Nuestro trabajo se va a centrar en el análisis sucinto, durante las distintas etapas normativas que cabe diferenciar, de la aplicación del Derecho de la competencia, tanto interno como comunitario, por los órganos jurisdiccionales en la resolución de litigios privados, con especial énfasis en la situación actual y en la que se avecina como consecuencia de la proyectada Ley española de Defensa de la Competencia.

1. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 110/1963

A. DERECHO INTERNO

Bajo la vigencia de la Ley de 1963 los órganos jurisdiccionales civiles sólo conocían de las posibles acciones de resarcimiento por daños y per-

¹ Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión y Prácticas Restrictivas de la Competencia.

juicios que los afectados por las prácticas restrictivas declaradas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) ejercitasen en el plazo de un año, una vez firme la declaración del TDC². Las declaraciones e intimidaciones eran competencia exclusiva del TDC y sus resoluciones en la materia gozaban de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, surtiendo plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos³. No hay que olvidar que el legislador estaba preocupado por que la atribución de jurisdicción sobre esta entonces novedosa normativa a Tribunales diferentes podría comportar resoluciones distintas que paralizasen en uno u otro campo la finalidad de la Ley. De ahí que para remediarlo se decantase por establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva⁴. Esta atribución jurisdiccional única se otorgó al TDC. De ahí que incluso a éste se encargase también por la Ley la declaración de nulidad de los convenios o decisiones colusorios⁵.

En definitiva, hasta la incorporación de España a las Comunidades Europeas, la única legislación que regía en nuestro país en defensa de la libre competencia era la citada Ley interna y los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil sólo tenían competencia objetiva colateral en la aplicación de aquélla, circunscrita al conocimiento de las demandas de los particulares perjudicados en reclamación de daños y perjuicios, una vez firme la declaración del TDC de la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia.

B. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Como consecuencia del Tratado de Adhesión, a partir de 1 de enero de 1986 tiene plena vigencia en el Reino de España el Derecho comunitario y, por tanto, la normativa sobre competencia que el mismo contiene. Los arts. 85.1 y 86 TCEE resultarán aplicables no sólo por las autoridades comunitarias de competencia, Comisión Europea y Tribunal de Justicia, sino también por las nacionales. Pero se necesitaba precisar, o mejor determinar, quiénes serán esas autoridades nacionales encargadas de su aplicación en nuestro país.

La noción de autoridad nacional a que se referían el art. 88 TCEE y el Reglamento 17/1962 no se señala en ninguna de estas normas. Su concreción vino dada por el TJCE en Sentencia BRT/SABAM⁶, en la que se señala que las autoridades de los Estados miembros contempladas por el art. 9, párrafo 3, del Reglamento 17 son aquellas cuya competencia deriva del

² Art. 6 de la Ley 110/1963.

³ Art. 10 de la Ley 110/1963.

⁴ Exposición de Motivos IV, 2, de la Ley 110/1963.

⁵ Art. 13.2 de la Ley 110/1963.

⁶ De fecha 30 de enero de 1974.

art. 88 del Tratado. Pueden ser autoridades administrativas o jurisdiccionales. Lo que viene, en definitiva, a señalar el TJCE es que pueda continuar cada Estado empleando autoridades administrativas o jurisdiccionales, al comprobar esta diversidad de autoridades en los diferentes Estados miembros⁷.

En nuestro país el Real Decreto 1886/1986, de 29 de agosto, establece que, a los efectos del art. 9 del Reglamento 17 del Consejo y del art. 15 del también Reglamento 1017, el TDC será considerado autoridad competente para la aplicación en España de los arts. 85.1 y 86 TCEE y de los arts. 2 y 8 del Reglamento 1017/68. La opción de nuestro legislador es, pues, por mantener la autoridad que tenía en materia de competencia, TDC, a la que también se encarga de la aplicación del Derecho comunitario sobre la materia. Estas «autoridades» tanto comunitarias como nacionales tienen por principal misión el velar por el interés público del mercado protegiendo en el mismo la libre competencia. De ahí que vengan avaladas con la posibilidad de que, al constatar la existencia de prácticas prohibidas, puedan imponer importantes sanciones económicas a los infractores.

Independientemente de la aplicación por las «autoridades nacionales» del Derecho comunitario de competencia, prácticas colusorias y abusos de posición de dominio en supuestos en que puedan afectar al comercio entre Estados miembros, los órganos jurisdiccionales debían aplicar estas normas en conflictos entre particulares dado el efecto directo horizontal de que gozan Tratados y Reglamentos comunitarios. El TJCE, que ya había reconocido expresamente el efecto directo del art. 85 TCEE⁸, lo hace de ambos preceptos —arts. 85 y 86— en su sentencia BRT/SABAM, destacando al respecto que «*siendo las prohibiciones de los arts. 85 y 86 aptas por su propia naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales deben garantizar*», doctrina ésta ratificada en múltiples ocasiones⁹. Serán, pues, los órganos de la jurisdicción civil, que conocen de las contiendas privadas entre particulares, los que se vean avocados a su aplicación en virtud del «efecto directo».

Pero no podemos olvidar que hasta que no se publica una nueva Ley sobre Defensa de la Competencia, la autoridad nacional a la que se encarga como tal autoridad la aplicación del derecho comunitario de competencia, TDC, tiene en nuestro país una especial singularidad que le otorga la Ley 110/1963, según señalamos más arriba. Por ello surgirán discrepan-

⁷ Esta interpretación de lo que ha de entenderse por «autoridad nacional» la confirma el propio TJCE en sus Sentencias de 10 de julio de 1980, Anne Marty/Estée Lauder, y de 30 de abril de 1986, Nouvelles Frontières.

⁸ Sentencia de 6 de abril de 1962, Bosch.

⁹ Ver Sentencias de 2 de abril de 1974, SACHI; de 11 de abril de 1989, Ahemed Saeed; de 10 de diciembre de 1991, Delimitis, y de 18 de septiembre de 1992, Automec.

cias a la hora de analizar en qué supuestos podrán los jueces civiles aplicar el Derecho comunitario de la competencia y, en su caso, la precisión o no del previo pronunciamiento del TDC sobre la existencia de una práctica prohibida por los arts. 85.1 y 86 TCEE. Bueno es insistir que en el caso español la autoridad encargada de aplicar el Derecho antitrust no era una autoridad administrativa en sentido estricto en aquel momento, sino que el TDC ejercería funciones jurisdiccionales que extendía incluso a la declaración de nulidad de los pactos considerados colusorios, por lo que bien podía considerarse como una jurisdicción especializada *sui generis*, si bien la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, le hará perder su carácter jurisdiccional. En todo caso esta situación va a traer gran confusión e incertidumbre.

El TS en una conocida y comentada sentencia, con valoraciones muy diversas, STS de 30 de diciembre de 1993, Sala Primera¹⁰, viene en la práctica a negar a los órganos de la jurisdicción civil la aplicación del Derecho comunitario de competencia al limitar ésta a que lo sea a título incidental y no principal, sin que se explique qué entiende el TS con esta diferenciación. Así, en el Fundamento de Derecho segundo de la comentada sentencia se dice: *«De todo lo expuesto no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del art. 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales que no pertenezcan a “las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas” (en nuestro sistema judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor del art. 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965 y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 septiembre, para la aplicación directa de los arts. 85.1 y 86 del Tratado), tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda, ya que en este caso la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del art. 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29 de agosto de 1986».*

¹⁰ Ver, entre otros, S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los arts. 85 y 86 TCE en el Derecho español (STS de 10 de diciembre de 1993)», en *Gaceta jurídica de la CE*, núms. 94 y 95; «La aplicación directa del Derecho de la competencia comunitario y nacional por los Tribunales ordinarios españoles (comentario a la STS de 30 de diciembre de 1993)», en *Perspectivas Jurídicas Actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez Bella Corsswell*, Centro de Estudios Jurídicos Ramón Areces, 1995, pp. 239-250; B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «El efecto directo del art. 86 TCE en el ordenamiento español. Relativo a la STS, Sala 1.ª, de 30 de diciembre de 1993», en *Ley Comunidades Europeas*, núm. 93, 1995, pp. 1-5.

En diversas ocasiones he señalado lo confuso de esta argumentación de nuestro TS y mi parecer a favor de la aplicación por Juzgados y Tribunales del orden civil del Derecho comunitario de competencia al resolver litigios entre particulares con fundamento en el efecto directo horizontal de todos los preceptos del TCEE, incluso durante la vigencia de la Ley de 1963 en que se otorgaba al TDC la exclusividad en la definición de las prácticas colusorias, incluida la declaración de nulidad de pactos y el abuso de posición dominante, ya que tales previsiones estaban limitadas al Derecho interno sobre la materia habiendo perdido sus funciones jurisdiccionales el TDC con la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, la primacía del Derecho comunitario y la obligación de preservar el efecto útil del Tratado obligaba a su aplicación a los órganos jurisdiccionales¹¹.

En todo caso, esta STS, como se apunta antes, provocó gran polémica sobre su alcance en la doctrina y vino a crear incertidumbre a los operadores jurídicos.

2. CONSECUENCIAS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/1989, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Y DE LA LEY 3/1991, DE COMPETENCIA DESLEAL

A pesar de que la Ley 110/963 puede calificarse como una buena Ley protectora de la libre competencia, precisaba de ser reformada para su adaptación plena a las exigencias del Derecho comunitario y principalmente para que resultara efectiva la capacidad sancionadora que debían de tener las autoridades nacionales de competencia. De ahí que nuestro legislador optara por la redacción de una nueva Ley, la Ley 16/1989, de 7 de julio, de Defensa de la Competencia —LDC—, que vino a sustituir a la de 1963 y a propiciar un sistema moderno y adecuado a las exigencias comunitarias. El legislador español optó por encomendar su aplicación como «autoridad» nacional al TDC como órgano decisorio y al SDC como investigador e instructor. En este caso se optó por autoridades claramente administrativas, como en la mayoría de los países miembros, atribuyendo a órganos distintos la instrucción y la decisión del procedimiento administrativo sancionador, conforme exige nuestro Derecho interno, y propiciando la revisión jurisdiccional de las resoluciones del TDC en vía contencioso-administrativa.

De la nueva Ley y del carácter administrativo de los órganos a los que se encomienda su aplicación para velar por que la libre competencia no se restrinja en el mercado español se va a derivar el que, en el supuesto de que se declare una práctica como colusoria, habrá que recurrir, posterior-

¹¹ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los arts. 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», en *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 215-239.

mente, al juez civil para que declare la nulidad del contrato y también para reclamar los daños y perjuicios irrogados por cualquiera de las conductas que se tipifican como contrarias a la libre competencia.

Pudiera parecer que la legislación interna sobre competencia no se va a aplicar a los litigios entre particulares, por cuanto que la Exposición de Motivos de la Ley encarga su aplicación a autoridades administrativas. Así señala: *«La aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos: el Tribunal de Defensa de la Competencia, con funciones de resolución, y en su caso, de propuesta, y al Servicio de Defensa de la Competencia, al que se encarga la instrucción de los expedientes»*.

Además, al principio no existía la restricción, luego introducida, en el art. 2 LDC respecto de que aquellas prácticas menores que no afectan al mercado podrá decidir no perseguirse por las autoridades de competencia. Así, hasta que se introduce esta facultad las autoridades de competencia se ocuparon de prácticas que, aunque contrarias a la libre competencia, tenían unos efectos muy limitados en el mercado. Pero esta reforma supondría, en la práctica, que los empresarios privados que se viesan dificultados por prácticas anticompetitivas de sus competidores o incluso expulsados del mercado no podrían satisfacer sus legítimos intereses de apreciarse la práctica de escasa importancia para el interés público del mercado.

La Ley de Competencia Desleal —LDC—¹², cuya tramitación parlamentaria corrió paralela a la LDC pero que al final del trámite legislativo se vio frustrada su aprobación por el adelanto de elecciones generales y la consiguiente disolución de las Cámaras, y de ahí el retraso en su publicación respecto de la LDC, viene a centrar el ámbito de protección contra la deslealtad en la concurrencia, protegiendo los legítimos intereses de aquellos que concurren en el mercado, principalmente consumidores y competidores¹³. Y que mayor deslealtad en la concurrencia que hacerlo con infracción de las normas que disciplinan el mercado, entre las que destaca la LDC. De ahí que nuestro legislador, pese a establecer una cláusula general, a cuyos parámetros habrán de responder las prácticas que se consideran desleales¹⁴, tipificó las principales conductas desleales con efectos ejemplificativos pero no limitativos¹⁵. Entre estas prácticas desleales, expresamente contemplada como tal por la Ley, está la infracción de normas concurrenciales¹⁶. Luego una infracción de las normas de competen-

¹² Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE de 11 de enero de 1991).

¹³ Así, la Ley señala como objeto de la misma en su art. 1: *«... la protección de la competencia e interés de todos los que participan en el mercado»*.

¹⁴ Art. 5 LDC.

¹⁵ Arts. 6 a 17 LCD.

¹⁶ Art. 15.2 LCD.

cia, y concretamente la prohibición de llevar a cabo acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio a que se refieren los arts. 1 y 6 LDC en relaciones entre particulares, podrán evidentemente ser perseguidas al amparo del art. 15.2 LCD debiendo de ejercitarse la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria en los términos que señalan los arts. 18 y 19 de la misma Ley.

Además, las conductas que por su escasa importancia en su repercusión en el mercado decidan no perseguir las autoridades de competencia podrán ser impedidas en el ámbito privado viendo así satisfechos sus legítimos intereses aquellos a los que dañan, quienes, además, podrán también pedir la reparación de los daños causados, ejercitando el amplio abanico de acciones que posibilita la LCD e incluso el pedir y obtener medidas cautelares.

No sirve en contra aquí el argumento de los que afirman que el art. 13.2 LDC veta la aplicación por los órganos jurisdiccionales de las normas internas de competencia, ya que el indicado precepto sólo permite la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en actos prohibidos por aquella Ley en tanto no sea firme la declaración administrativa del TDC. Ello por la sencilla razón de que el citado precepto se contrae a la aplicación de la LDC al ámbito a que se extiende la misma, esto es, a su aplicación por las autoridades españolas de defensa de la competencia. Por ello sus arts. 1, 6 y 7 no pueden ser aplicados directamente por los órganos jurisdiccionales en conflictos privados. Pero ello nada impide para que estos Tribunales apliquen la LCD en todos sus términos, estando expresamente tipificadas como desleales las conductas a que se refiere el art. 15.2 de la citada LCD. De la misma forma, el TDC conocerá de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afecten al interés público, como establece el art. 7 LDC.

Por lo que respecta a la aplicación por jueces y Tribunales del Derecho comunitario de competencia no podrá argumentarse, desde la entrada en vigor de la LDC de 1989, ningún impedimento ni duda sobre su aplicación con el fundamento, ya señalado, del efecto directo horizontal de todos los preceptos del Tratado.

La Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE¹⁷ va en todo caso a proporcionar luz sobre la obligación de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de los repetidos artículos del Tratado y las circunstancias que para ello deben concurrir. Comienza por señalar la Comunicación de la Comisión que: «*Varias son las instituciones tanto nacionales como comunitarias que han contribuido a la elaboración de este Derecho y se encargan de su aplicación cotidiana. Para ello las autoridades nacionales de protección de la com-*

¹⁷ 93/C39/05 (DOCE, C 39, de 13 de diciembre de 1993).

*petencia, los órganos jurisdiccionales y comunitarios y la Comisión asumen sus propias tareas y responsabilidades, de acuerdo con los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»*¹⁸. La Comunicación viene a rescatar los principios establecidos al respecto por el TJCE, ordenando aquí las competencias concurrentes sobre la materia de las jurisdicciones y la Comisión y las relaciones entre las mismas. Es, pues, una guía útil, por cuanto que se apoya en la jurisprudencia del TJCE para delimitar las competencias entre ambos órganos y sirve de orientación para facilitar las relaciones entre los mismos.

Señala la Comunicación que la Comisión dispone de competencias exclusivas para declarar inaplicables las normas de competencia a determinadas decisiones o prácticas concertadas, en virtud del art. 9 del Reglamento 17 del Consejo. Estas competencias las puede ejercer la Comisión de dos maneras: adoptando una decisión de exención en un caso individual, o mediante reglamentos de exención a determinadas categorías de acuerdos, con arreglo a la habilitación que le proporciona el art. 87¹⁹.

Los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión disponen de competencias concurrentes para aplicar los arts. 85.1 y 86, que derivan para aquéllos del efecto directo de las normas comunitarias de competencia²⁰.

Como señala la Comunicación que comentamos, el juez nacional puede verse obligado a pronunciarse sobre la aplicación de los arts. 85 y 86 TCEE en varias situaciones procesales. En procedimientos civiles, fundamentalmente, con ocasión de que se ejerciten acciones contractuales y de daños y perjuicios. El efecto directo de aquellos artículos del Tratado confiere a los órganos jurisdiccionales competencia suficiente para poder resolver los casos²¹. Ello sin olvidar que el apartado 2 del art. 85 permite a los Tribunales jurisdiccionales el determinar, de conformidad con las normas nacionales de procedimiento, las consecuencias de Derecho civil que implican las prohibiciones del art. 85²² «... esto es, la declaración de nulidad de los acuerdos y decisiones prohibidas por el art. 85.1, que el apartado 2 sanciona con nulidad».

Al aplicar los arts. 85.1 y 86, los órganos jurisdiccionales deben investigar si los acuerdos o prácticas concretas han sido objeto de decisión o dictamen de la Comisión u otra autoridad administrativa, la encargada de aplicar el Derecho de la competencia en el Estado, pues aunque no sean vinculantes para el órgano jurisdiccional, son importantes elementos de juicio²³. Es evidente que ambas autoridades, comunitaria y nacional, son órganos especializados en el conocimiento y aplicación del

¹⁸ I.1.

¹⁹ II.7.

²⁰ III.5.

²¹ IV.17.

²² II.6.

²³ IV.20.

Derecho de la competencia y por ello sus decisiones guía doctrinal de primer orden para los Tribunales jurisdiccionales.

Si la Comisión no ha tomado posición sobre el acuerdo o práctica concretos, los órganos jurisdiccionales deben interpretar la norma comunitaria conforme a la jurisprudencia del TJCE y a las decisiones de la Comisión sobre la materia²⁴.

En el supuesto de que la Comisión haya iniciado un procedimiento relacionado con los mismos comportamientos, los órganos jurisdiccionales pueden aplazar su decisión en espera del resultado de la acción de la Comisión o para interrogar a la Comisión sobre este tipo de comportamientos. Caso de que tengan dudas acerca de la compatibilidad, pueden plantear una cuestión prejudicial al TJCE de conformidad con el art. 117 del Tratado²⁵. A diferencia de que cuando concurren las autoridades nacionales de competencia y la Comisión en el enjuiciamiento de unos mismos hechos, por lo general la autoridad nacional vendrá obligada a suspender la decisión del expediente hasta tanto no se pronuncie la Comisión, los órganos jurisdiccionales gozan de libertad para continuar adelante con el procedimiento.

Nuestro TS, sin embargo, según vimos más arriba, consideraba que los órganos jurisdiccionales civiles no eran competentes para la aplicación a título principal del Derecho comunitario de competencia, como manifestó en su STS de 30 de diciembre de 1993. En posterior STS de 4 de noviembre de 1999, la misma Sala Primera, de forma drástica, señala que, conforme ya estableció en su Sentencia de 30 de diciembre de 1993, la intimidación en cuanto a estas prácticas es privativa de las autoridades administrativas. Al fin el TS en su STS de 2 de julio de 2000 cambia de criterio, sin explicar el motivo, y declara la aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario de la competencia y también la procedencia de declarar la nulidad de un contrato por aplicación del art. 1.2 LDC sin necesidad de previa declaración del TDC. La posibilidad de aplicarse en vía jurisdiccional los arts. 81.1 y 82 es reconocida por posteriores STS de fechas 2 de marzo de 2001 y 15 de marzo de 2001.

3. EL NUEVO MARCO DEL REGLAMENTO 1/2003 EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

En el seno de la Comisión Europea se tenía conciencia del excesivo empleo de sus limitados medios que requería el atender a las múltiples peticiones que se producían de autorización con base en el art. 81.3 TCE. Los notificantes estaban protegidos de ser sancionados, entre tanto la

²⁴ IV.21.

²⁵ IV.22.

Comisión no decidiera su solicitud, y los múltiples expedientes se acumulaban por excesivo tiempo. Con ello en la Comisión se era consciente de que no se dedicaban los medios necesarios a investigar y perseguir las prácticas más graves. Por otro lado, era ya una realidad que las autoridades de competencia de los Estados miembros habían avanzado en el conocimiento y aplicación del Derecho comunitario de competencia.

Esta situación hace que se plantee la conveniencia de cambiar el sistema de autorización por el de exención legal, compartiendo la Comisión la aplicación del art. 81.3 TCE con las autoridades nacionales de competencia y con los órganos jurisdiccionales. Con ello quedaría, además, descargada la Comisión del cúmulo de asuntos que venía suponiendo el sistema de notificación y podría dedicar mayores esfuerzos a controlar las operaciones más lesivas para la competencia. Se consideraba, además, que para ello sería conveniente aumentar las potestades de inspección de la Comisión.

Consecuencia de lo anterior, y en el sentido indicado, se publica por la Comisión en 1999 un Libro Blanco sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. La propuesta del Libro Blanco recibió unas primeras opiniones muy distintas sobre su conveniencia. Así, mientras el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social apoyaron la propuesta, insistiendo, no obstante, en la importancia de garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria manteniendo un nivel adecuado de seguridad jurídica, las posiciones de las organizaciones empresariales y de los abogados eran heterogéneas, pues si bien unas acogen positivamente la iniciativa como alternativa más eficiente al sistema existente, otros subrayan la necesidad de asegurar que la reforma no lleve a una aplicación incoherente, a una renacionalización de la normativa comunitaria sobre competencia y a que no se reduzca la seguridad jurídica de las empresas²⁶.

A. NUEVA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN LA APLICACIÓN DEL ART. 81.3 Y OBLIGACIONES QUE ESTABLECE EL REGLAMENTO PARA UNA APLICACIÓN UNIFORME DE LOS ARTS. 81 Y 82

En cualquier caso, y por si existiera alguna duda sobre la aplicación de los arts. 81.1 y 82 por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, el Reglamento 1/2003 expresamente establece que los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado²⁷. Como puede observarse de la lectura del propio precepto,

²⁶ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento relativo a la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia y su repercusión en España», en *Comunicaciones IDEI*, núm. 23, junio de 2001, pp 180 ss.

²⁷ Art. 6.

no se establece ninguna limitación, por lo que la competencia se extiende ahora también al apartado 3 del art. 81. En el considerando 8 del Preámbulo del propio Reglamento se marca la obligación, tanto para las autoridades responsables de la competencia como para los Tribunales de los Estados miembros, de aplicar también los arts. 81 y 82 del Tratado cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el Reglamento. Y más adelante se señala que los Estados miembros podrán aplicar en su territorio la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos siempre que sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho comunitario²⁸. La prevalencia del Derecho comunitario y la preservación del efecto útil del Tratado van en todo caso a obligar a ello, aunque no está de más que se recuerde en el Preámbulo del Reglamento. Sólo en la medida en que la legislación nacional persiga principalmente un objetivo distinto de la protección de la competencia en el mercado, matiza el considerando 9, las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales podrán aplicar esta legislación en su territorio, principalmente referida a actos de competencia desleal. La preocupación del legislador comunitario por alcanzar la aplicación de una única legislación sobre competencia en el territorio del mercado común es patente en el Reglamento, máxime en un momento en el que se amplía el número de los Estados miembros hasta veinticinco. El que las legislaciones internas de los diversos Estados no perturben aquella legislación común, como vemos, es también una advertida preocupación.

Pero no todos los problemas quedan resueltos con que se aplique por todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros una misma legislación comunitaria. La interpretación y aplicación de la Ley ha de ser uniforme. En ello pone especial empeño el Reglamento 1/2003.

Mas toda esta problemática alcanza especial dificultad, toda vez que, por primera vez, se encarga también a los órganos jurisdiccionales la aplicación del art. 81.3. En los litigios que planteen los particulares ante la jurisdicción, de constatarse la existencia de una práctica prohibida por el art. 81.1, deberá examinarse si se cumplen los requisitos y condiciones que señala el párrafo tercero y que la convierten en legal.

Para paliar en lo posible resoluciones contradictorias de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho comunitario de competencia, el Reglamento 1/2003 marca unas reglas directamente dirigidas a los órganos jurisdiccionales. Así, el considerando 22 del Preámbulo señala que en un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las mismas, refiriéndose a

²⁸ Considerando 9.

continuación a los efectos de las decisiones de la Comisión con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, concretando que aquellas que impongan compromisos no afectarán a la facultad de los órganos jurisdiccionales para aplicar los arts. 81 y 82.

Especial importancia tiene al respecto el art. 16.1 del Reglamento. En éste se contienen, a mi juicio, los dos más importantes mandatos a los órganos jurisdiccionales. Más preocupado el legislador comunitario con las decisiones que puedan adoptar los órganos jurisdiccionales que las autoridades de competencia, extrema la precisión cuando se dirige a los primeros. Así, el apartado 1 del art. 16 contiene dos precisos mandatos dirigidos a los jueces. En primer lugar, señala que cuando éstos *«se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 y 82 del Tratado que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión»*. El problema surge aquí principalmente por la indefinición del significado que tiene en castellano la palabra «incompatible». Indudablemente es más amplio que el de «distinta», pero su límite resulta indefinido en nuestro idioma.

Por si no fueran pocos los problemas apuntados en este primer mandato del art. 16, a continuación se señala a los órganos jurisdiccionales que *«deberán evitar, asimismo, adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender un procedimiento»*. El último inciso nos proporciona alguna luz, aunque poca. Sirve para disipar la duda de si cuando en el mismo párrafo se hace referencia a *«... procedimiento que ya haya sido incoado»*, quiere con ello referirse el legislador comunitario a un procedimiento ya decidido o simplemente iniciado formalmente, como en principio parece atendiendo a criterios de Derecho interno. Así, podemos decidimos por esta última interpretación, toda vez que, en otro caso, no tendría sentido suspender el procedimiento, sino el fallarlo conforme a una decisión de la Comisión ya pronunciada. Salvado el primer escollo, debemos enfrentarnos con la intención principal del precepto. A este respecto resulta ilustrativo el recordar que con anterioridad al Reglamento 1/2003, ya el TJCE había establecido que un Tribunal nacional en el marco de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE no puede adoptar una resolución incompatible con una decisión de la Comisión dictada sobre los mismos hechos, aunque dicha decisión esté siendo objeto de un recurso de anulación ante los Tribunales comunitarios. A dicho efecto, continúa la sentencia, es irrelevante que el Tribunal de Primera Instancia haya suspendido la ejecución de la decisión por haber sido objeto de un recurso de anulación, ya que los actos de las instituciones comunitarias disfrutan de presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados ni revocados²⁹.

²⁹ STJCE de 14 de diciembre de 2000. Masterfoods Limite/HDICECRAM Limite.

Una vez más la guía de la jurisprudencia del TJCE, auténtico motor del Derecho comunitario, nos facilita el camino en este intrincado laberinto. A los órganos jurisdiccionales corresponderá el apreciar si procede suspender su procedimiento, hasta tanto se pronuncie la Comisión, como al efecto se señala en el art. 16, siendo de destacar el respeto del Reglamento con las atribuciones jurisdiccionales, ya que deja a criterio de cada juez el suspender o no el procedimiento. Ello, en definitiva, dependerá de que exista un criterio anticipado por la jurisprudencia del TJCE o por decisión de la Comisión, o, en otro caso, que la controversia planteada en vía jurisdiccional, por su concreción, no haga prever una decisión de la Comisión incompatible. Criterios de prudencia y un buen conocimiento del Derecho comunitario de competencia guiarán, sin duda, la decisión judicial respecto de suspender o continuar el procedimiento.

Se puede dar aquí la curiosa situación, en el caso de los órganos jurisdiccionales españoles, de que, dado nuestro sistema interno de fuentes, en el que la jurisprudencia no es fuente del ordenamiento jurídico, la interna no vincule a los jueces y, por el contrario, estarán vinculados por la jurisprudencia del TJCE y, además, por las decisiones de un órgano administrativo comunitario, como es el caso de las decisiones de la Comisión.

B. COLABORACIÓN DE LA COMISIÓN CON LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En el Preámbulo del Reglamento, el legislador comunitario hace referencia a que la aplicación coherente de las normas de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales requiere de la instauración de mecanismos de cooperación entre éstos y la Comisión³⁰. Para ello apunta dos medios que concreta y desarrolla en el art. 15: la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan solicitar a la Comisión informaciones o dictámenes sobre aspectos de la aplicación del Derecho comunitario de competencia y el que tanto la propia Comisión como las autoridades de competencia de los Estados miembros gocen de la facultad de presentar observaciones escritas u orales ante los órganos jurisdiccionales instados a aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado.

El art. 15 del Reglamento concreta las facultades informativas de los jueces en dos. Por un lado, en solicitar de la Comisión la información que obre en su poder sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Por otro, la solicitud de dictámenes sobre las mismas cuestiones. Estas facultades que prevé el Reglamento son independientes, claro está, de la de plantear cuestiones prejudiciales de interpretación al TJCE, de conformidad con lo previsto en el art. 234 TCE. El ejercicio de aquellas facultades parece que tendrá efectos meramente ilustrativos o informativos del órgano jurisdiccional sin que pueda predi-

³⁰ Considerando 21.

carse de las mismas que produzcan efectos vinculantes, ya que tal efecto se contrae únicamente a las decisiones de la Comisión.

La preocupación de la Comisión por la aplicación uniforme del Derecho de la competencia, ante la importante descentralización que lleva a cabo el Reglamento 1/2003, ha estado presente en todo momento desde el comienzo del prelegislativo y continúa en la actualidad, en especial por lo que respecta a los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo general menos conocedores del Derecho comunitario de competencia y también menos familiarizados en su aplicación que las autoridades nacionales. De ahí la Comunicación de la Comisión dirigida a aquéllos³¹. En su apartado III-15 ya se señala que aunque el Tratado CE no contempla explícitamente la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión, en la interpretación hecha por los Tribunales comunitarios del art. 10 CE alcanza a que la Comisión deba ayudar a aquéllos cuando los mismos apliquen el Derecho comunitario. Este tipo de ayuda no puede verse limitada por la normativa de ningún Estado miembro, quienes deberán adoptar las normas procesales pertinentes a fin de posibilitarla³².

Expresamente se reconoce en la citada Comunicación el respeto de la Comisión a la independencia de los órganos jurisdiccionales y, en consecuencia también, el que la asistencia que les proporcione ésta no tiene carácter vinculante para aquéllos. También se proclama a continuación el deber de secreto profesional y de velar por la salvaguarda del propio funcionamiento e independencia de la Comisión, de todo lo cual se extrae la conclusión de que la ayuda que ésta preste a los jueces debe ser neutral y objetiva en defensa del interés público, por lo que no sirve intereses privados de los litigantes a los que consecuentemente no oírán en ningún caso cuando ejercite este cometido de ayuda a los órganos jurisdiccionales.

También la Comunicación de la Comisión establece pautas tanto sobre la transmisión a los órganos jurisdiccionales de la información que obre en su poder, como sobre la posibilidad de obtener dictámenes de aquélla.

a) *Solicitud de información*

Se comienza por señalar en la citada Comunicación, a título de ejemplo, en lo que puede consistir dicha información: documentos que obren en poder de la Comisión, información de carácter procedimental que permita saber si un determinado asunto está pendiente ante la Comisión,

³¹ 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 (DOCE, C 101/54, de 27 de abril de 2004).

³² Comunicación III-A-17.

información sobre si ésta ha iniciado un procedimiento o si ya ha adoptado su posición o sobre la fecha probable en que la adoptará³³.

La Comunicación recuerda que la Comisión tiene que respetar las garantías dadas por el art. 287 CE, haciendo una interpretación integradora de las obligaciones que derivan tanto de éste precepto como del art. 10 CE. Así se señala que antes de transmitir la información amparada por el secreto profesional, la Comisión recordará al órgano jurisdiccional que está obligado por el Derecho comunitario a observar los derechos del art. 287 CE y le preguntará si garantiza la protección de la información y de los secretos comerciales confidenciales, transmitiéndole la información en el solo supuesto que ofrezca dicha garantía³⁴.

Finalmente se indica que la Comisión puede denegar la transmisión de información por razones superiores relacionadas con la necesidad de salvaguardar los intereses de la Comunidad o evitar cualquier interferencia con su funcionamiento e independencia, concretando que no transmitirá la información voluntariamente proporcionada por un solicitante de clemencia sin su consentimiento³⁵.

Una cuestión que quedaba olvidada por el Reglamento, de importancia para la tramitación de los procedimientos judiciales, como es el plazo en que la Comisión debería proporcionar la información solicitada por los jueces, viene a resolverse por la Comunicación, aunque con cierta indeterminación. Así se señala que *«la Comisión se esforzará por facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información solicitada en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud»*. Si la Comisión tiene que pedir alguna aclaración o documento al órgano judicial, el plazo empezará a computarse a partir de la fecha en que reciba la información solicitada³⁶. En cualquier caso, los Estados miembros deberán adaptar las normas procesales internas para posibilitar dicha colaboración³⁷ lo que será dificultoso con plazos meramente indicativos como los que se marca la Comisión.

b) *Petición de dictámenes*

Por otro lado, el Reglamento 1/2003 habilita también a los órganos jurisdiccionales a solicitar de la Comisión dictámenes sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia, como ya adelantamos más arriba. La Comisión también marca unas pautas a este respecto. Así, señala que la petición de dictamen procederá cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los reglamentos, deci-

³³ Comunicación III-A-21.

³⁴ Comunicación III-A-1-23, 24 y 25.

³⁵ Comunicación III-A-26.

³⁶ Comunicación III-A-22.

³⁷ Comunicación III-A-17.

siones, comunicaciones y directrices de la Comisión no ofrezcan la suficiente orientación al órgano judicial³⁸. Al pronunciarse «*la Comisión se limitará a facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información sobre los hechos o la aclaración económica o jurídica solicitada, sin entrar a considerar el fondo del asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional*». Se aclara a continuación que el dictamen no es jurídicamente vinculante³⁹.

De las anteriores precisiones se extraen dos conclusiones. Por un lado, la intervención de la Comisión con carácter de «*amicus curiae*» a la que limita su relación el Reglamento respecto de los órganos judiciales que gozan de plena libertad en la decisión del asunto que ante los mismos penda. Por otro, el que la petición de dictamen debe realizarse sobre un aspecto concreto no pudiendo versar sobre el fondo del asunto cuya resolución corresponda al órgano jurisdiccional. También el que la Comisión, curándose en salud y ante la posible avalancha en la petición de dictámenes, limita su procedencia a que la jurisprudencia del TJCE, los reglamentos, decisiones, comunicaciones y directrices de la Comisión no ofrezcan suficiente orientación.

El plazo que la Comisión se marca para emisión del dictamen es de cuatro meses, con carácter meramente orientativo, ya que al efecto se señala que «*se esforzará*» por facilitar su dictamen en tal plazo.

C. OBLIGACIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DERIVADOS DEL REGLAMENTO

La mutua colaboración a que obliga el Reglamento comporta también obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales para con la Comisión. Estas pueden concretarse en tres aspectos fundamentales: posibilitar la presentación de alegaciones por la Comisión en los procedimientos jurisdiccionales, transmisión de las sentencias que dicten los órganos judiciales en las que aplican los arts. 81 y 82 CE e intervención en el contexto de una inspección de la Comisión para garantizar los derechos fundamentales de los inspeccionados. A continuación analizaremos brevemente su alcance y contenido.

a) *Presentación de alegaciones por la Comisión y las autoridades de competencia en los procedimientos jurisdiccionales*

Dentro de los mecanismos que señala el considerando 21 del Reglamento 1/2003 para la aplicación coherente de las normas de competencia,

³⁸ Comunicación III-A-27.

³⁹ Comunicación III-A-29.

se contempla la facultad de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros de presentar observaciones escritas u orales ante los órganos jurisdiccionales instados a aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado. El art. 15.3 del mismo Reglamento explicita estas facultades.

Así, las autoridades de competencia podrán presentar por propia iniciativa observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales de su respectivo Estado miembro sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82, y, con la venia del Tribunal, también podrán presentarlas de forma verbal. Para la preparación de las observaciones podrán solicitar al órgano jurisdiccional la remisión de todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto.

Por su parte, la Comisión también podrá formular observaciones en iguales circunstancias y forma. Pero como precisa la Comunicación, la Comisión solamente presentará observaciones cuando «... *lo requiera la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 CE*», limitando sus observaciones a un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional⁴⁰. El espíritu descentralizador del Reglamento se hace aquí presente toda vez que se deja a las autoridades nacionales de competencia la presentación más habitual de alegaciones, reservándose la Comisión el poder hacerlo en supuestos más excepcionales.

El Reglamento distingue entre observaciones escritas, que ambas autoridades pueden presentar por propia iniciativa, y las observaciones verbales, que sólo podrán presentar con la venia del órgano jurisdiccional.

Con el fin y para el único empleo de elaborar las observaciones, la Comisión y las autoridades nacionales de competencia pueden solicitar que les transmitan una copia de todos los documentos necesarios para evaluar el asunto de que se trate.

Esta intervención tanto de la Comisión como de las autoridades nacionales de competencia, que los órganos judiciales deben permitir por imperativo del Reglamento, tienen especial singularidad y escapa a las prácticas procesales de la mayoría de los países del llamado sistema de Derecho continental. No se trata de una parte legitimada que como tal interviene en el procedimiento. Tampoco de una prueba pericial que se incorpora al proceso. Es lo que se conoce en los sistemas anglosajones, principalmente en el norteamericano, como alegaciones de *amicus curiae*. Este término literalmente significa amigo del Tribunal, alguien que no es parte en el proceso pero que cree que la decisión del Tribunal puede afectar a sus intereses. En la mayoría de los Tribunales Superiores de los Estados en Estados Unidos se presentan alegaciones de *amicus curiae*, siendo la mayor parte de las veces informaciones útiles, de tipo legal, sobre cómo una decisión judicial puede afectar a otras personas o colectivos que no son parte en el proceso.

⁴⁰ Comunicación III-A-32.

Como se dice en la Comunicación, dado que el Reglamento no establece un procedimiento para la presentación de observaciones, el mismo se determinará con arreglo a las normas y prácticas procesales de los Estados miembros. Incluso se contempla la situación de que un Estado miembro no haya establecido todavía el marco procesal pertinente, en cuyo supuesto el órgano jurisdiccional deberá determinar qué normas procesales son apropiadas para la presentación de las repetidas observaciones⁴¹. Se señala expresamente que el procedimiento deberá respetar, entre otras cosas, su compatibilidad con los principios generales del Derecho comunitario, en especial con los derechos fundamentales de las partes; por aplicación del principio de eficacia no debe permitirse que la presentación de dichas observaciones sea imposible o excesivamente difícil en la práctica; conforme al principio de equivalencia, el procedimiento no puede hacer que la presentación de observaciones sea más difícil que la presentación de observaciones en un procedimiento judicial en el que se aplique el Derecho nacional equivalente⁴².

b) *Transmisión de sentencias que apliquen los arts. 81 y 82 CE*

El apartado 2 del art. 15 del Reglamento impone a los Estados miembros la obligación de remitir a la Comisión una copia de las sentencias que dicten los órganos jurisdiccionales en las que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 CE, tan pronto hayan sido notificadas a las partes. Ello permitirá conocer a la Comisión en los litigios en los que podría ser conveniente presentar observaciones si se produce apelación de la sentencia, según aclara la Comunicación⁴³.

Esta precisión nos sirve para reafirmar el convencimiento de que la Comisión y las autoridades nacionales pueden presentar sus alegaciones de *amicus curiae* no sólo en la primera instancia de un procedimiento, sino también en sus fases superiores, y como el interés del Reglamento por posibilitar la presentación de alegaciones se centra en la segunda instancia, ya que, al no señalar obligación alguna para los órganos jurisdiccionales de comunicar la iniciación del procedimiento, difícilmente conocerán de su existencia hasta que se pronuncie la sentencia en primera instancia.

También indudablemente servirá para que la Comisión pueda controlar la aplicación que los órganos judiciales nacionales realicen del Derecho comunitario de competencia y hasta dónde alcanza la uniformidad o las divergencias.

⁴¹ Comunicación III-A-34.

⁴² Comunicación III-A-35.

⁴³ Comunicación III-B-37.

c) *Función de los jueces nacionales en el contexto de una inspección de la Comisión*

La posible intervención de los jueces nacionales con ocasión de una inspección de la Comisión a una empresa o a una asociación de empresas adquiere especial singularidad con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, toda vez que el citado Reglamento ha dotado de mayores poderes a la Comisión, con especial relevancia a la hora de llevar a cabo inspecciones.

Así, por un lado, las inspecciones, circunscritas antes a los domicilios y locales de las empresas, se extienden ahora a los domicilios privados y asimilados de los empresarios, administradores y otros miembros del personal. Por otro lado, el poder de investigación de la Comisión también se refuerza en lo que respecta a la solicitud de explicaciones a los representantes y miembros del personal de la empresa, limitadas antes a los documentos y que se extienden ahora también a los hechos⁴⁴ pudiendo ser sancionadas las empresas si la respuesta resulta ser inexacta o engañosa⁴⁵.

En lo referente a inspección en locales de empresas, el Reglamento prevé que la legislación nacional pueda exigir un mandamiento judicial cuando la empresa se oponga a ser inspeccionada⁴⁶. En tal supuesto, el órgano judicial a la hora de decidir si otorga el mandamiento está facultado para controlar que la decisión de inspección de la Comisión es auténtica y que las medidas cautelares previstas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación al objeto de la inspección, para lo cual podrá solicitar explicaciones detalladas de los motivos de la Comisión para sospechar que se han infringido los arts. 81 y 82 CE, gravedad de la presunta infracción y participación de la empresa en dicha infracción.

En el supuesto de que se inspeccione en locales ajenos a la empresa, el Reglamento requiere, en todo caso, que se obtenga un mandamiento judicial de un órgano nacional previamente a ejecutar la decisión de la Comisión. La posibilidad de otorgar o denegar el mandamiento de entrada en un domicilio particular o asimilado⁴⁷ viene reglada para el juez nacional. Así, podrá éste verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción, la importancia de las pruebas buscadas, participación en la infracción de la empresa y probabilidad razonable de que los libros y registros relativos al objeto

⁴⁴ Art. 20.2.e) del Reglamento.

⁴⁵ Art. 23.1.d) del Reglamento.

⁴⁶ Art. 20.7 del Reglamento.

⁴⁷ Cualquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas, concreta el art. 21.1 del Reglamento.

de la inspección se conservan en los locales para los que se solicita el mandamiento⁴⁸.

Anteriormente calificábamos de reglada por la propia norma comunitaria la facultad del juez nacional para otorgar o denegar el mandamiento que posibilite la entrada y registro, toda vez que el Reglamento no sólo le dice lo que puede hacer, sino también lo que no puede hacer. Así, común a los dos supuestos de inspección —en locales de la empresa y en locales ajenos a la misma—, el órgano jurisdiccional nacional no puede poner en cuestión la legitimidad de la decisión de la Comisión ni el exigir que se le facilite información que figure en el expediente, reservándose al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión⁴⁹. El deber de cooperación leal exige al juez nacional el que adopte su decisión en un plazo apropiado que permita a la Comisión efectuar eficazmente su inspección, como puntualiza al efecto la Comunicación⁵⁰.

Los controles que ha de llevar a cabo el juez nacional, competente según el Derecho interno para otorgar el mandamiento en los términos del Reglamento, determina el que deba tener unos conocimientos suficientes de Derecho comunitario de competencia para valorar la mayoría de los parámetros que marca el propio Reglamento.

4. CONOCIMIENTO POR LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE

A. EL SISTEMA ESPAÑOL DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y CUATRO ÓRDENES JURISDICCIONALES

La unidad jurisdiccional en nuestro país no se alcanza plenamente hasta el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, y ello a pesar de que constituía una vieja aspiración de nuestra comunidad social y tener reflejo programático en las supremas leyes políticas de la nación desde la Constitución de 1812.

La Constitución Española de 1978 ampara la unidad jurisdiccional en su art. 175.5 como derivación de la independencia plena del Poder Judicial, superando, parece que de forma definitiva, la intransigente oposición anterior de un sinnúmero de grupos y sujetos a perder los privilegios antaño encarnados en fueros privativos singularizados.

Con la salvedad de la jurisdicción militar, contraída al ámbito estrictamente castrense para los delitos militares y a los supuestos de estado de

⁴⁸ Art. 21.3 del Reglamento.

⁴⁹ Art. 20.8 y 21.3 del Reglamento.

⁵⁰ Comunicación III-B-41.

sitio, la unidad jurisdiccional es una realidad que no se ve ensombrecida por el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a otros órganos, como el Tribunal de Cuentas, el Tribunal Constitucional o a los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, como el Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia.

Tampoco obsta al principio de unidad jurisdiccional la existencia de cuatro órdenes jurisdiccionales:

- a) El penal, para el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.
- b) El contencioso-administrativo, para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, así como cuando en la producción del daño hubiesen concurrido también sujetos privados.
- c) El social, ante el que se substancian las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.
- d) El civil, de carácter residual, para conocer, además de las materias que a él son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

A su vez, dentro de este orden jurisdiccional es el Juzgado de Primera Instancia el que ostenta competencia jerárquica y objetiva para la sustanciación y decisión de los pleitos sobre cualesquiera materias susceptibles de enjuiciamiento relativa al Derecho privado, salvo que por reglas especiales se encomiende su sustanciación a otros órganos, de modo tal que la competencia objetiva de aquéllos ejerce *vis atractiva*, correspondiéndoles conocer residualmente de todo asunto —y por cualquier cuantía— que no esté atribuido de forma específica a otros órganos, como, por ejemplo, que el negocio verse sobre responsabilidad civil exigible a determinadas autoridades por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos, en cuyo caso corresponderían a la Sala Primera del Tribunal Supremo o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

La tardía puesta al día de la legislación española en materia mercantil, ya que hasta la década de los años ochenta el legislador español no se va a decidir a producir la legislación necesaria para modernizar nuestras instituciones mercantiles y dotarlas de un marco legal adecuado con los tiempos, no hacía necesaria la especialización de los órganos judiciales civiles en el conocimiento de estas materias, lo que, por el contrario, hacía mucho tiempo que se había producido en la mayoría de países europeos con legislaciones mercantiles más avanzadas.

B. INICIATIVAS SOBRE ESPECIALIZACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES

Como consecuencia del elevado número de asuntos que deben resolver los Juzgados de Primera Instancia y las nuevas regulaciones que en diversas materias mercantiles se produjeron a partir de mediada la década de los años ochenta, desde diversos sectores de la sociedad se demanda de especialización de estos órganos judiciales. Nuestra Constitución no veta la especialización de determinados órganos jurisdiccionales a los que se atribuya el conocimiento de determinadas materias. Lo que viene a prohibir la CE es la existencia de órganos especiales.

La especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los asuntos sobre propiedad industrial es pedida ya desde hace muchos años por todos aquéllos relacionados con la materia. Así, la doctrina científica más prestigiosa puso de relieve esta necesidad en múltiples ocasiones y fue también sentir común entre todos los abogados y demás juristas dedicados a la aplicación y estudio de la propiedad industrial⁵¹.

Dentro del seno del Poder Judicial también se produjeron algunas iniciativas en este sentido. Así, el Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial, en una nota del año 1987; la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Acuerdo del año 1990. También, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Madrid en el año 1991 encargó a una Comisión integrada por sus miembros la elaboración de un plan de especialización para estos órganos judiciales, contemplándose en la misma la especialización de Juzgados en materias mercantiles.

También hubo algún intento legislativo, como el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se crean determinados órganos jurisdiccionales y el Cuerpo de Facultativos de fecha 10 de febrero de 1993, aunque técnicamente era muy imperfecto.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ya establecía competencias al órgano de gobierno del Poder Judicial para atribuir el conocimiento de determinadas materias a uno o varios órganos judiciales en exclusiva. Tras su reforma por Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, y por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el texto primitivo ha experimentado algún retoque que viene a perfeccionarlo.

Así, el art. 98.1 establece que el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos.

⁵¹ Ver J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Órganos judiciales especializados y propiedad industrial», *La propiedad industrial en España y su contexto europeo*, CEFI, 1991.

En contadas ocasiones se ha hecho por el órgano de gobierno de los jueces uso de estas facultades. Así, en el caso de las atribuciones de la competencia en segunda instancia del conocimiento de determinados asuntos mercantiles a la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, o la atribución de las materias sobre incapacitación y tutela al conocimiento de dos Juzgados en Madrid o también a otros el de las ejecuciones hipotecarias.

C. CREACIÓN DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Como consecuencia inmediata de la nueva Ley Concursal, que exige de una parte reformas de orden sustantivo y procesal con rango de Ley Orgánica por afectar a derechos fundamentales del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones y libre residencia y circulación, la necesidad de concentración en un solo órgano judicial de las materias de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, como las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con aquél, así como determinados asuntos de la competencia atribuida a los Tribunales del orden social, se proyectó la creación de Juzgados y Tribunales de lo Mercantil para atribuirles dichas competencias completas derivadas del concurso. Al propio tiempo se daba cumplimiento a alguno de los aspectos contemplados en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001 en lo que se refiere a la necesidad de especialización dentro del orden jurisdiccional civil, y así se vienen a atribuir a dichos Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de determinados asuntos, principalmente en materia mercantil, de cierta complejidad y relevancia económica y social. También se aprovecha la ocasión para la creación, por fin, de los Tribunales de marcas comunitarias.

Como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, la creación de estos nuevos Juzgados especializados se realiza dentro del orden jurisdiccional civil, y es sólo un primer paso en la especialización de órganos judiciales, y su denominación alude a la naturaleza, predominantemente mercantil, de las materias que se atribuyen a su conocimiento y no a una identificación plena con la disciplina o legislación mercantil. Así abandona la Ley Orgánica el criterio contenido en un primer borrador de anteproyecto de ley, que tuvo circulación restringida, en el que se creaba un orden jurisdiccional de lo mercantil. Al fin, al optar por esta especialización, se tienen en cuenta los resultados que estaba ya produciendo la especializada Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, y se trata ahora de su generalización tanto en Primera Instancia como en Segunda, dejando que sea el CGPJ el que, vía art. 98 LOPJ, establezca el número de éstos en cada provincia, pudiendo incluso crearse Juzgados de lo Mercantil con jurisdicción que abarque a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma y, en otros casos, con jurisdicción limitada a una parte del territorio de una provincia

y con sede fuera de su capital. A diferencia del sistema hasta entonces vigente, en el que el CGPJ podría haber establecido esta especialización por atribución de determinados asuntos mercantiles al conocimiento exclusivo y excluyente de algunos Juzgados de Primera Instancia y Secciones de las Audiencias Provinciales, la Ley obliga a su creación al menos con competencia territorial provincial dejando el CGPJ el establecimiento de su número y los criterios para la especialización de los miembros que los integren, y su selección.

Partiendo de la experiencia del ejercicio de las competencias atribuidas a la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, se atribuyen a los Juzgados de lo Mercantil y a las Secciones de las Audiencias que conozcan en segunda instancia de los recursos contra todas las resoluciones de aquéllos el conocimiento de las materias que en su mayoría venían referidas a aquella Sección de la Audiencia barcelonesa, con las consabidas reformas y precisiones que requiere la nueva Ley Concursal. Así, el artículo segundo de la Ley Orgánica 18/2003 modifica la del Poder Judicial, señalando en su apartado 6 que se añade un nuevo art. 86 ter por el que se concretan las competencias que con carácter exclusivo y excluyente tendrán los Juzgados de lo Mercantil. En primer lugar, en el conocimiento de las cuestiones que se suscitan en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora, y en todo caso en las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado —con exclusión de las personalísimas que se refieran a capacidad, filiación, matrimonio y menores—; las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección; toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado y toda medida cautelar que afecte al patrimonio del mismo; las que en el procedimiento concursal deben adaptarse en relación con la asistencia jurídica gratuita; las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

Además, los Juzgados de lo Mercantil van a conocer de determinadas materias mercantiles escogidas de entre aquellas que tienen una regulación más nueva, mayor trascendencia social y económica y cuya naturaleza, civil o mercantil no resulta cuestionada, como ocurre en materia de contratos. Por ello se les atribuye la competencia respecto de cuantas cuestiones lo sean del orden jurisdiccional civil respecto de: las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a la competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como las que dentro de dicho orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Debe precisarse que si bien la propiedad intelectual en nuestro ordenamiento jurídico viene desgajada de la propiedad industrial y considerada de naturaleza civil y

no mercantil, los derechos de autor que protege están íntimamente relacionados con los de aquella modalidad de propiedad, integradas ambas bajo la rúbrica de propiedad intelectual en el anexo de los Trips del Convenio de la Organización Mundial del Comercio suscrito por España, por lo que parece adecuado su tratamiento por unos mismos órganos especializados desde el punto de vista práctico y funcional, que no coincide con el dogmático.

No parece acorde ni necesario con las competencias que a los Juzgados de lo Mercantil atribuye el art. 86 ter, 2.a), de «*todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas*», con que se mantenga un apartado 1 de la Disposición Adicional octava LOPJ, que se modifica para señalar la competencia de Juzgados de lo Mercantil para conocer de los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónimas, limitadas y cooperativas, y nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial a las que se refiere la LP. Tales previsiones en materia de sociedades tuvieron sentido en el primitivo texto de la LOPJ de 1985, que debió de adaptarse en alguna de las posteriores reformas de dicha Ley, toda vez que venía referido a Leyes de Sociedades Anónimas de 1951 y Cooperativas de 1974 derogadas por otras posteriores. Ahora lo previsto en el art. 86 ter, 2.a), hace innecesaria la Disposición Adicional octava, que sólo podrá ocasionar confusión. También innecesaria la referencia de la Disposición Adicional respecto a los procesos que versen sobre nulidad de registro de las modalidades de la propiedad industrial a los que se refiere la LP por idénticos motivos, ya que el nuevo art. 86 ter atribuye a los Juzgados de lo Mercantil competencia exclusiva en conocer «*las demandas en las que se ejercitan acciones relativas a... propiedad industrial...*» sin limitación alguna.

De igual forma se atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Mercantil cuantas cuestiones, competencia del orden jurisdiccional civil, se planteen respecto de las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional, aquellas relativas a la aplicación del Derecho marítimo, y acciones que se ejerciten respecto de las condiciones generales de la contratación, en los casos previstos en la legislación sobre la materia.

También se les atribuye el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del registrador mercantil.

En uno de los últimos trámites legislativos se incluyó al fin el conocimiento de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado, pero no se hizo lo propio con el Derecho interno sobre competencia. Si bien aplicarán en litigios privados los arts. 1 y 6 LDC cuando se ejerciten acciones sobre

competencia desleal al amparo del art. 15.2 LCD, infracción de normas concurrenciales, no podrán conocer de la acción de nulidad a que se refiere el art. 1.2 LDC cuando exista una resolución firme del TDC y se acuda a la jurisdicción para obtener la declaración de nulidad ni de la indemnización de daños y perjuicios por prácticas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC, lo que hubiese resultado conveniente.

Si bien en un principio se pensó atribuirles también el conocimiento de la revisión jurisdiccional de los arbitrajes, finalmente no se hizo, pero la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, se encarga de introducir un apartado g) en el art. 86 ter LOPJ por el que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 de la Ley de Arbitraje, cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado, se debe referir al apartado 2 del art. 86 ter, lo que no resultará pacífico el determinar en todos los casos.

El Consejo General del Poder Judicial convocó un concurso-oposición para acceder a los Juzgados de los Mercantil, previo a una fase de formación en la especialidad, cubriéndose así los primeros Juzgados especializados en esta materia. Cuando se escriben estas líneas se está resolviendo ya el segundo concurso.

No se hizo lo propio, en cambio, respecto de la segunda instancia, imposibilitando así que los magistrados de las Salas de Apelación pudieran concursar para continuar sirviendo en una Sala especializada. Las plazas ofertadas eran únicamente de Juzgados, con lo cual, si concursaban, sólo podían acceder a uno de éstos. Con ello se desperdician los conocimientos y la experiencia de los magistrados que ocupaban plaza en las Audiencias, se dejaba de especializar la segunda instancia y se trataba a aquéllos de forma incomprensiblemente injusta. Tampoco respecto de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha tomado previsión alguna.

5. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 1/2003 CE

Según se pudo constatar en diversas reuniones de la Asociación de Jueces europeos especializados en Derecho de la competencia⁵², de las obligaciones que comporta para los jueces nacionales el Reglamento 1/2003 CE derivan diversos problemas tanto de fondo como procesales en todos los Estados miembros. En alguno de éstos la preocupación ha alcanzado a las más altas instancias judiciales⁵³ sin que por ello se hayan dado soluciones. Hace ya tiempo que venimos llamando la atención sobre

⁵² Luxemburgo, 12 y 13 de junio de 2003; Budapest, 18 y 19 de noviembre de 2005.

⁵³ G. CANIVET, «L'Organisation des juridictions nationales pour l'application de droit communautaire de la concurrence», en *Revue des droits de la concurrence*, núm. 1, diciembre de 2004, pp. 21 ss.

alguno de estos problemas, especialmente sobre la necesaria reforma procesal interna que aún al día de hoy no se ha acometido⁵⁴.

Centrándonos en nuestro país, señalaremos algunos de los más notorios.

A. PROBLEMAS DE FONDO

a) *Indeterminación conceptual de los arts. 81 y 82 y la novedad de la aplicación del párrafo 3 del art. 81*

Como ya se anticipaba, la escasa aplicación que han tenido ocasión de realizar los jueces españoles de los arts. 81.1 y 82 CE, unida a la desorientación que crearon algunas de las sentencias del TS al negar su aplicación con fundamento en el efecto directo horizontal de los Tratados, ha sido determinante de que esta legislación sea muy desconocida. Si a ello se añade la indeterminación conceptual de dichos preceptos, que obliga a un conocimiento puntual de la jurisprudencia comunitaria y las decisiones de la Comisión en la aplicación de Derecho tan casuístico como el de competencia, es fácil adivinar las dificultades a que se enfrentan los órganos jurisdiccionales españoles encargados de su aplicación.

De otro lado, ahora también deben aplicar, por primera vez, el art. 81.3 en un régimen nuevo de exención legal y donde la guía de la jurisprudencia comunitaria y las decisiones de la Comisión es escasa y menos precisa.

La indefinición del margen de compatibilidad con las decisiones adoptadas por la Comisión y las previstas que adopte a que se refiere el art. 16.1 del Reglamento es un escollo más para los que tengan que aplicar el Derecho comunitario de la competencia. Sólo un profundo conocimiento de la materia, lo que supone en todo caso de la jurisprudencia y de las decisiones de la Comisión, puede en parte paliar las dificultades que se adivinan.

Por si todo ello fuera poco, en el seno de la UE se están produciendo directrices para aplicación del art. 81.3 T⁵⁵ que es preciso conocer. También se encuentra en fase de revisión la conceptualización del abuso de posición de dominio a partir de las propuestas de *Discussion Paper* en la aplicación del art. 82 T UE publicado por la Comisión a finales del mes de diciembre de 2005.

En todo caso, la concentración del conocimiento de determinadas materias mercantiles, entre las que se encuentra el Derecho comunitario

⁵⁴ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de competencia», en *Anuario de la Competencia 2003*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 157 ss.

⁵⁵ Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DOCE, C 101/97, de 27 de abril de 2004).

de competencia, en los nuevos Juzgados de lo Mercantil, servidos por especialistas, será sin duda una facilidad a corto plazo para solventar los problemas apuntados y obtener unos criterios más uniformes en su aplicación, que sería preciso trasladar a las restantes instancias judiciales.

b) *Incorporación de documentos confidenciales*

Debemos hacer también alguna referencia, aunque sea somera, a un problema que ya se ha suscitado con ocasión de revisarse por la jurisdicción contencioso-administrativa las resoluciones que dicta el TDC. Nuestro Derecho interno de competencia, a semejanza del comunitario, prevé que en la instrucción de los procedimientos se incorpore documentación aportada por las partes con carácter de confidencial, principalmente por contener secretos industriales o planes estratégicos o de marketing de las empresas, cuyo conocimiento por los competidores les podría causar graves perjuicios. Mantener documentos confidenciales en un procedimiento sancionador puede chocar con principios o garantías fundamentales que aquel procedimiento atrae de las que rigen en el proceso penal, como es el no producir indefensión. De hecho se comprueba que, en muchos casos, al pasar los expedientes del TDC a la vía jurisdiccional para su revisión por ésta, se levanta sin más la confidencialidad con el perjuicio para aquel que aportó los documentos en la garantía de que se mantendrían confidenciales y al que luego no se le da la opción de retirarlos. La obligación de responder a la Comisión sobre si se garantiza o no la confidencialidad puede en parte paliar las dificultades que se producirían de publicitarlos a las demás partes sin previa advertencia. Los problemas que esta situación deriva ya han sido tratados por algunos autores⁵⁶.

A semejante problemática se van a tener que enfrentar los jueces de lo mercantil. Según veíamos más arriba, la Comisión antes de transmitir información amparada por el secreto profesional preguntará al órgano jurisdiccional si garantiza la protección de la información confidencial y los secretos comerciales, y solo se transmitirá dicha información cuando así se lo garantice⁵⁷, a lo que difícilmente, y en contadas ocasiones, se podrán comprometer los órganos jurisdiccionales españoles.

c) *Intervención de los jueces en el control de las inspecciones de la Comisión*

Hay que hacer referencia, aunque ésta sea sucinta, a los problemas que se plantean, a la intervención de los jueces nacionales con ocasión de

⁵⁶ Ver L. BERENGUER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica CE*, D-27, pp. 71 ss.

⁵⁷ Comunicación III-A-23-24-25.

una inspección llevada a cabo por la Comisión en un Estado miembro, dado el incremento que el Reglamento establece tanto en el poder de la Comisión como en sus funciones inspectoras.

En el supuesto de llevarse a cabo la inspección en el domicilio de una empresa, sólo en el caso de que aquélla se opusiese, deberá obtenerse mandamiento judicial para entrar en su domicilio. En el supuesto de que la inspección se pretendiera extender al domicilio particular del empresario, sus administradores o directivos, deberá, en todo caso, obtenerse previamente un mandamiento judicial. El control del órgano jurisdiccional nacional, como también se apunta antes, viene reglado por la propia norma comunitaria, ya que el Reglamento establece que el control de la legalidad de la decisión de la Comisión se reserva al TJCE, limitando la intervención del juez nacional a la comprobación de los parámetros que señala el Reglamento tanto para el supuesto de las inspecciones en domicilios de las empresas como para el caso de que se extienda a locales ajenos a aquéllas.

El control judicial y, en definitiva, el otorgamiento de los mandamientos para las inspecciones en domicilios por parte de la Comisión no corresponderán, a mi juicio, a los jueces de lo mercantil, por venir atribuido con carácter general a los jueces de lo contencioso-administrativo⁵⁸, por lo que no profundizaremos aquí en el análisis de la variada problemática que se va a derivar, ya que este trabajo se limita al análisis de la que se producirá para jueces de lo mercantil en aplicación de los arts. 81 y 82 TCE.

No obstante lo anterior, debe hacerse alguna referencia a los problemas ya detectados con el anterior sistema que limitaba las inspecciones a los locales de las empresas y que subsisten en la actualidad. Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998 existían pareceres encontrados sobre si el mandamiento debía otorgarlo un Juzgado de Instrucción o un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. El Tribunal Constitucional vino a resolver la controversia en su STS 199/1998 en la que, recordando lo establecido en su anterior STC 144/1987, señaló que no había sido sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos. El art. 8.5 LJCA de 1998 zanja en todo caso el asunto⁵⁹ al señalar que las autorizaciones para la entrada en domicilios para la ejecución de actos de la Administración Pública corresponderá otorgarlos a los Juzgados de la Contencioso-Administrativo.

De otro lado, el art. 34.3 LDC, al ser modificado, vino a señalar que la autorización para la entrada en domicilios la solicitará el director del Servicio de la Competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, quien resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

⁵⁸ Art. 8.5.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁵⁹ «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requerirá el consentimiento del titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de Administración Pública».

Como ha puesto de relieve algún autor, si bien se ha resuelto el problema que plateaba anteriormente la intervención del juez de instrucción, la propia solución ha suscitado nuevas dudas. Así, la primera que plantea la nueva regulación es la relativa a la competencia territorial del Juzgado, pareciendo que deberá ser competente el juez de lo contencioso del domicilio del lugar al que se pretenda acceder, coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, pero contrario al sistema de competencia que establece el art. 14.1, regla 1.ª, LJCA. Otra duda surge de la incompatibilidad del plazo máximo de cuarenta y ocho horas para resolver con el posibilitar la audiencia del interesado, lo que a su vez no es conciliable con la eficacia de la actuación administrativa⁶⁰.

También debe objetarse la ampliación de poderes de la Comisión respecto de la solicitud de explicaciones a representantes de las empresas, lo que podría contravenir el principio de no tener que declarar contra sí mismo que informa nuestro Derecho interno.

B. PROBLEMAS PROCESALES

No menos importantes, y en todo caso más numerosos, son los problemas que en estos aspectos se están creando, fundamentalmente debidos a la imprevisión de nuestro legislador, pues, desde la publicación del Reglamento 1/2003 en el *DOCE*, el 4 de enero de 2003, hasta la fecha de su aplicación, prevista en el mismo el 1 de mayo de 2004, hubo tiempo suficiente para realizar los ajustes legales que permitieran su aplicación y eficacia. A este respecto la Comunicación señala que «... los Estados miembros deberán adaptar las normas procesales pertinentes que hagan posible que tanto los órganos jurisdiccionales nacionales como la Comisión se beneficien plenamente de las posibilidades que ofrece el Reglamento»⁶¹.

Analizaremos a continuación algunos de los principales problemas con los que se enfrentan ante la falta de previsión legislativa.

a) Alegación de los arts. 81 y 82 al contestar la demanda

Es de prever que la alegación del Derecho comunitario de competencia se realice principalmente por la parte demandada de quien el actor exige judicialmente el cumplimiento de un contrato. En este caso, en principio, conocerán de la demanda los Juzgados de Primera Instancia civiles, toda vez que en las competencias atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil no se incluyen las acciones relativas a la contratación mercantil. En tal

⁶⁰ M. PEDRAZ CALVO, «Nuevas cuestiones de Derecho procesal con relación a la defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 162-164.

⁶¹ Comunicación III-A-17.

supuesto debería poder inhibirse el Juzgado de Primera Instancia, que conoce en principio del asunto, a favor del Juzgado de lo Mercantil correspondiente, a quien le viene atribuida la competencia como órgano jurisdiccional especializado para conocer de los asuntos en que haya que aplicar el Derecho comunitario de competencia.

Por otro lado, como ya ha puesto de relieve algún autor, si se plantea la nulidad del contrato en la contestación de la demanda por incidir aquél en las prohibiciones del art. 81.1 TCE, el demandante disfrutará de muy escasos medios procesales para acreditar que el contrato objeto de la litis cumple los requisitos y condiciones del art. 81.3 TCE que lo convierten en legal. En este supuesto el demandante carecería de la posibilidad de presentar observaciones escritas en defensa de la compatibilidad, de acuerdo con el art. 81.3 CE, y se vería obligado a presentar, con carácter exclusivamente verbal, dichas observaciones en el juicio oral previsto en los arts. 431 a 433 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, trámite que no parece el más adecuado para este tipo de argumentaciones⁶².

b) *La incongruencia que supone que las acciones de nulidad y de indemnización de daños y perjuicios derivadas de la LDC no se atribuyan al conocimiento de los Juzgados de lo Mercantil*

Los Tribunales de lo Mercantil aplicarán también el Derecho interno de competencia con ocasión de que se ejercite una acción de competencia desleal por infracción de las normas concurrenciales, al amparo del art. 15.2 LCD, toda vez que les viene atribuida el conocimiento de esta materia. Pero, en cambio, el legislador no les ha atribuido el conocimiento de las acciones de nulidad⁶³ ni de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de infracciones de la LDC⁶⁴ resueltas por el TDC.

En el supuesto de que una Resolución del TDC declare que un acuerdo, decisión o práctica es contraria al art. 1.1 LDC y no esté amparada por una exención legal o por una exención individual, de acuerdo con nuestro Derecho interno de competencia, aquélla será nula conforme sanciona el art. 1.2 LDC. La declaración de nulidad corresponde siempre a los órganos judiciales. En el caso que examinamos, al no estar atribuido su conocimiento a los Juzgados de lo Mercantil, la declaración de nulidad corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia civiles. Para llevar a cabo la declaración de nulidad se deberá conocer también profundamente el Derecho de competencia, toda vez que, en aplicación de los principios

⁶² J. FOLGUERA CRESPO y A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Las reformas en la aplicación de las normas comunitarias de Derecho de la competencia. Principales novedades previstas en el nuevo Reglamento CE núm. 1/2003», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 20, p. 22.

⁶³ Art. 1.2. LDC.

⁶⁴ Art. 13.2 LDC.

generales en materia de nulidad, en especial el de preservación del contrato, el juez debe analizar el contrato o acuerdo nulo para poder precisar la nulidad y su alcance. También a la hora de aplicar la LDC, el juez de lo mercantil, especialista en la materia, parecería el más adecuado para conocer de estas declaraciones de nulidad.

También parece más adecuado, por similares motivos, que las acciones encaminadas a obtener el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por una práctica tipificada por los arts. 1, 6 ó 7 LDC, así declarada en resolución firme por el TDC, se encomiende al conocimiento de los Tribunales de lo Mercantil, lo que nuestro legislador tampoco ha hecho.

Ha pasado tiempo más que suficiente para que este posible olvido que tuvo el legislador se hubiese subsanado sin que sirva de excusa el que se proyecta una nueva Ley interna de Defensa de la Competencia, en donde se aborde el resolver esta situación.

c) *Solicitud de información y de dictámenes a la Comisión*

Como se examinaba más arriba, los jueces nacionales gozan de la facultad que les proporciona el Reglamento de solicitar de la Comisión informaciones que obren en poder de ésta y la petición de emisión de dictámenes sobre determinadas cuestiones y en los supuestos que también señala el Reglamento. El problema que se plantea a los jueces españoles en este supuesto es que, en nuestro marco procesal, no está previsto este tipo de peticiones y, por tanto, el momento en que podrá llevarse a cabo, y si entretanto contesta la Comisión —aproximadamente en un mes y en cuatro meses, respectivamente— se ha de mantener o no paralizado el procedimiento y el momento y forma de dar traslado a las partes personadas en el mismo para su conocimiento y para que en su caso formulen alegaciones.

Ante la falta de precisión por nuestro legislador, debemos entender que ambas peticiones podrán realizarse por el juez en cualquier momento antes de dictar sentencia y que, entretanto contesta la Comisión, el procedimiento permanecerá paralizado.

d) *Cauce procesal para la formulación de alegaciones por la Comisión y las autoridades nacionales*

Más complejidad procesal determinará el posibilitar, de forma leal y eficaz, el que tanto la Comisión como las autoridades de competencia nacionales formulen alegaciones de *amicus curiae* previstas en el Reglamento. En cualquier caso, se ha de posibilitar la presentación de alegaciones escritas a las autoridades de competencia españolas y a la Comi-

sión facilitándoles previamente y para tal finalidad la documentación necesaria que obre en el expediente, debiendo habilitarse el marco procesal adecuado por cada Estado miembro tal y como señala la Comunicación, que incluso llega a precisar que en el caso de no haberse establecido aquél, será el órgano jurisdiccional el que establecerá las normas que lo habiliten.

Es la primera vez que nuestra jurisdicción, por imperativo de un Reglamento comunitario, va a permitir una intervención de este tipo, hasta ahora ajena a nuestro sistema procesal.

Como queda antes señalado, no se trata ni de una intervención de parte en el procedimiento, ni tampoco de la incorporación de una prueba al mismo. Esta singular intervención de *amicus curiae* tal vez tenga su semejanza más próxima en nuestro sistema procesal en la que a la Oficina Española de Patentes y Marcas habilita el art. 128 de la Ley de Patentes, al señalar que en los procedimientos de impugnación de patente deberá aquélla emitir un informe preceptivamente, estableciéndose al efecto que se le dará traslado de los autos por plazo de treinta días. En el caso que ahora nos ocupa, no hay previsto nada, ni en cuanto a la forma del traslado, ni del momento procesal, ni del plazo para las alegaciones. Ante la imprevisión de nuestro legislador interno, evidentemente en cualquier momento, antes de la sentencia, en que cualquiera de los legitimados por el Reglamento para la formulación de alegaciones las presenten deberán serle admitidas, previo traslado de la documentación pertinente de los autos si así lo solicitan. En la práctica se constata que los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, al menos, comunican el comienzo del procedimiento a aquellas autoridades a los efectos de si desean formular alegaciones.

Como el Reglamento posibilita también alegaciones verbales, en este caso sólo con autorización del Tribunal, también debe preverse lo necesario para su posibilitación en el supuesto en que los órganos jurisdiccionales consideren conveniente el que también se produzcan alegaciones verbales por la Comisión o por las autoridades nacionales de competencia.

Las alegaciones en segunda instancia, que según parece deducirse del Reglamento son las que más preocupan a la Comisión, las posibilita la recepción de la sentencia de primera instancia, aunque no conozca con ello si alguna de las partes apeló aquélla, pues además, en el supuesto de que ninguna apele, perderá la posibilidad de alegaciones, ya que el Reglamento no la habilita para apelar al no ser parte en el procedimiento.

e) *Remisión de copia de las sentencias a la Comisión*

También entre las obligaciones derivadas de la cooperación con la Comisión está la de remitir copia de todas las sentencias dictadas por los

órganos jurisdiccionales nacionales en las que se apliquen los arts. 81 u 82 TCE, según veíamos anteriormente. Por lo que respecta a nuestro país, se ha establecido por el legislador interno que tal remisión deberá hacerse por los órganos judiciales a través del Servicio de Defensa de la Competencia⁶⁵ Tal vez hubiese resultado más adecuado que el envío de las sentencias a la Comisión se coordinara por el Consejo General del Poder Judicial, lo cual, además, resultaría más eficaz y evitaría demoras, ya que los órganos jurisdiccionales están conectados informáticamente con el Consejo a través del «punto neutro judicial» y en breve se dotará a aquéllos de firma electrónica.

Según se comprueba en la web de la Comisión en Internet, los órganos jurisdiccionales españoles figuran entre los nacionales que más comunicaciones de sentencias han realizado hasta la fecha.

6. ALGUNAS PREVISIONES *DE LEGE FERENDA*

Ya hemos dejado constancia de algunas de las reformas que se proyectan tanto del Derecho comunitario de defensa de la competencia como de nuestra regulación interna sobre la materia. En consecuencia, a continuación nos referiremos a aquéllas más inminentes y de más trascendencia para los órganos jurisdiccionales que han de aplicar, en litigios privados, las normas de competencia.

A. DERECHO COMUNITARIO

Hay dos cuestiones fundamentales sobre las que centra en estos momentos su preocupación la Comisión: la posible reforma de la regulación del art. 82 TCE y la indemnización de daños y perjuicios como parte del sistema de aplicación de la legislación comunitaria de defensa de la competencia. Por ello ha producido dos documentos previos, en la actualidad en discusión, para conocer las posturas de los diversos operadores antes de optar por publicar un documento de obligado cumplimiento.

a) *El Discussion Paper sobre la aplicación del art. 82 TCE a los abusos de exclusión*

No se pretende en los límites del presente trabajo, pese a la importancia del tema y los problemas que se derivan, el hacer un planteamiento

⁶⁵ Art. 95.cinco de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por el que se introduce una Disposición Adicional única a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

de por dónde deben discurrir las cosas, ni siquiera entrar en el debate. Únicamente se quiere llamar la atención sobre la repercusión que los términos a que se concrete el abuso de posición de dominio tendrá sin duda, también para los Juzgados y Tribunales llamados a su aplicación en nuestro país.

La ampliación de los Estados miembros ya decidida y la que está por decidir, así como la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, producen importantes modificaciones en el mercado común y las normas de competencia que lo regulan. Si bien el citado Reglamento afectó de forma sustantiva al art. 81.3 y a su aplicación, nada refería respecto del art. 82. A la necesidad de modernizar, también el art. 82 ha dado respuesta la Comisión, en diciembre de 2005, con la publicación de su *Discussion Paper* sobre la aplicación del art. 82 a los abusos de exclusión. Como es conocido, en el art. 82 se distinguen principalmente dos tipos de abusos prohibidos. Los explotativos, que tienen efectos sobre los consumidores, y los competitivos, con efectos eliminatorios sobre los competidores.

Los abusos explotativos, que inciden en un perjuicio hacia los consumidores derivado de que la empresa en posición de dominio se aprovecha de ésta para imponerles precios excesivos u otras condiciones gravosas, es una de las partes del precepto menos aplicado en la práctica.

Por otro lado, los abusos de exclusión, que son aquellas prácticas de empresas en posición dominante que tienden a provocar un efecto de cierre del mercado al limitar o impedir el acceso al mismo a potenciales competidores o la expansión en los actuales, son los que más han levantado polémica sobre su falta de claridad y escaso rigor económico.

El *Discussion Paper* de la Comisión pretende conseguir, sobre un enfoque más económico en su análisis de los abusos de exclusión, una aplicación uniforme también por los órganos judiciales del art. 82 TCE.

Como no podía ser menos, se dedican algunas consideraciones a la definición del mercado relevante. Se parte de una remisión expresa a la «Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria de competencia»⁶⁶. Sobre el mercado geográfico no hace especial aportación el *Discussion Paper*, debiendo, por tanto, estarse en lo referido en la Comunicación. El criterio de sustituibilidad de la demanda como delimitador del mercado relevante de producto es generalmente aceptado en la actualidad. Advierte la Comisión que es importante tener en cuenta el hecho de que el SSNIP-Test se apoya en la presunción de que los precios actuales del mercado constituyen el marco de referencia adecuado para el análisis. Sin embargo, esta presunción no siempre es válida en casos del art. 82 TCE. Después de referirse al examen sobre la intencionalidad del uso de los productos y la comparación de precios entre varias regiones, concluye la Comisión señalando

⁶⁶ DOCE, C 372, de 9 de diciembre de 1997.

que los asuntos del art. 82 pueden tener lugar también en mercados en los que no hay empresa dominante. Así, en supuestos en que se esté investigando la denuncia de una empresa supuestamente dominante traslada su dominancia de un mercado a otro.

También se dedica uno de los párrafos del *Discussion Paper* al tema de la posición de dominio, señalando que su noción viene integrada por tres elementos: una posición de fuerza económica en el mercado; el que permita a la empresa o empresas que lo detentan impedir o restringir la competencia efectiva en el mercado, y, en consecuencia, las permita comportarse en un alto grado con independencia. Se afirma que la importancia que se otorgue a la cuota de mercado depende de las circunstancias concretas de cada caso, siendo aquélla sólo un elemento de poder de mercado. Así, si las barreras a la expansión a la que se enfrentan los actuales competidores, o las barreras de entrada a que se enfrentan los potenciales competidores, son bajas, el hecho de que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no es indicativo de posición dominante.

La parte central del *Discussion Paper* lo constituye el análisis de los abusos de exclusión. Se abordan en este apartado la cuestión de especial preocupación para la Comisión en este tipo de abusos, el cierre de mercado⁶⁷; las diferencias entre abusos de exclusión basadas en precios y los basados en elementos de la transacción diferentes de los precios⁶⁸; las diferencias entre el cierre de mercado en sentido vertical y en sentido horizontal⁶⁹; y en cuestiones relativas al abuso de dominio colectivo⁷⁰. Se concluye con un análisis de las tres posibles defensas o justificaciones que pueden alegar las empresas si son denunciadas por este tipo de abusos: la de la «necesidad objetiva», la de «enfrentarse a la competencia» y la de la «eficiencia».

Si bien se trata de un documento importante que los jueces nacionales deben conocer y seguir en sus fases posteriores de discusión y posiblemente en su conclusión por la Comisión, se hecha de menos que queden fuera del análisis los abusos de explotación que, si bien menos relevantes, no dejan de ser importantes, y completaría la puesta al día del art. 82 TCE.

b) *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*

También a finales del 2005 presentó la Comisión su Libro Verde para tratar de las condiciones para las indemnizaciones por daños y perjuicios

⁶⁷ Apartado 5.1.

⁶⁸ Apartado 5.2.

⁶⁹ Apartado 5.3.

⁷⁰ Apartado 5.4.

por infracciones a la legislación comunitaria de defensa de la competencia. Se parte de la afirmación de que facilitar estas indemnizaciones no sólo hará más fácil a los consumidores y empresas el obtener reparación del infractor, sino que también reforzará la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

El Libro Verde se centra únicamente en la reparación de daños y perjuicios partiendo de la base, confirmada por el TJCE, de la inexistencia de normativa comunitaria en la materia y de que, por tanto, son los ordenamientos de los Estados miembros los que deben aprobar las modalidades de aplicación para interponer medidas de reparación por daños y perjuicios ante los Tribunales nacionales, puesto que los Tribunales comunitarios no son competentes en esta materia.

El motivo del Libro Verde es la constatación de que *«este ámbito de la legislación ofrece una imagen de total subdesarrollo en los veinticinco Estados miembros»* según literalmente se afirma.

El objetivo del Libro Verde es señalar los principales obstáculos detectados para un eficaz sistema de indemnizaciones e invitar a todas las partes interesadas a hacer observaciones a las cuestiones debatidas, para lo cual se cuenta además con un documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Entre las partes interesadas estarán, sin lugar a dudas, en nuestro país los Juzgados de lo Mercantil y las Salas de Apelación correspondientes, quienes deberían participar en el debate para exponer sus criterios y problemas detectados.

Los órganos jurisdiccionales podrán tener que conocer de este tipo de acciones como consecuencia de las derivadas después que una autoridad de competencia haya constatado una infracción y en acciones independientes, cuando es el órgano jurisdiccional el que constata la infracción y se le ha pedido además que se indemnice al perjudicado.

En el caso español, conocerán de estas acciones los Juzgados de lo Mercantil con la sola excepción de acciones derivadas de infracción de las normas internas de la competencia, en cuyo supuesto serán competentes, por el momento, los Juzgados civiles.

Las cuestiones que plantea como principales el Libro Verde, y a cuyo estudio y observaciones invita a las partes interesadas, son las siguientes⁷¹: acceso a las pruebas; requisito de conducta culpable; daños y perjuicios; defensa de daños repercutidos y legitimación del comprador indirecto; defender los intereses del consumidor; coste de las acciones; coordinación de la aplicación pública y privada; competencia judicial y legislación aplicable; otras cuestiones. Se hace por la Comisión una descripción de los problemas detectados y se formulan preguntas sobre la conveniencia de establecer algunas posibles soluciones.

⁷¹ Apartado. 2 del Libro Verde.

Brevemente se hará referencia a estos problemas teniendo en el horizonte la regulación de nuestro Derecho interno y los problemas que, en definitiva, se plantean para los jueces españoles.

i) Acceso a las pruebas

Se destaca que las acciones por daños y perjuicios suelen exigir investigación de una serie de hechos y las pruebas pertinentes no son fáciles de conseguir. Así, debería estudiarse si tendrán que presentar documentos o facilitar el acceso a las pruebas los demandados y la posibilidad de que tengan que aportarse las facilitadas a autoridades de competencia, normas de carga y valoración de la prueba y valor probatorio de las decisiones de autoridades nacionales de competencia.

Desde la perspectiva de nuestro Derecho interno resulta impensable que las pruebas que se utilicen en cualquier procedimiento no sean accesibles para las partes, pues lo contrario contravendría principios fundamentales como son el de defensa y contradicción aplicables a todo tipo de procedimiento. El acceder a pruebas existentes en procedimientos administrativos ante autoridades de competencia, a fin, por ejemplo, de reclamación por daños y perjuicios, alcanza no sólo a los que fueran parte en aquél, sino a todo interesado en los términos que definen a éstos la legislación administrativa y la abundante jurisprudencia de nuestro TS. No tendrán acceso *a sensu contrario* quien no fue parte ni acredita interés legítimo.

En las acciones derivadas, por supuesto que tendrán valor las decisiones de las autoridades de competencia en cuanto a la existencia de la infracción. Pero ante una acción por daños y perjuicios en un procedimiento jurisdiccional, aquel que se crea perjudicado deberá probar, además del daño, el nexo de causalidad entre la infracción y el supuesto daño causado, así como el alcance de dicho daño, y ello de igual forma que en cualquier otro supuesto de reclamación por daños y perjuicios, en todos ellos, como es de sobra conocido por la práctica, de difícil cuantificación en muchos casos.

ii) Requisito de conducta culpable

Como acabamos de significar, hay que probar la relación de causalidad entre la conducta infractora y el daño. Téngase en cuenta que en una acción de indemnización por daños, de no probarse éstos, no podrán indemnizarse los no demostrados. No se trata de conceder un premio al perjudicado, sino de indemnizarle.

iii) Daños y perjuicios

Se plantea aquí principalmente el problema de cómo deberían definirse los daños, método para cuantificarlos y si debería de publicar la Comisión orientaciones sobre su cuantificación.

Parece que los daños y perjuicios a resarcir serán aquellos producidos al demandante como consecuencia de la conducta infractora.

Sí parece conveniente el que la Comisión publicara unas orientaciones sobre la cuantificación de los daños y perjuicios y el método para su cálculo. Se podría así alcanzar unas indemnizaciones más uniformes por hechos similares en todo el territorio de la UE, lo que siempre es deseable.

iv) Defensa *passing-on* y legitimación del comprador indirecto

Se refiere aquí la Comisión al tratamiento jurídico del hecho de si una empresa que compra a un proveedor implicado en una conducta contraria a la competencia podría estar en condiciones de paliar su perjuicio económico repercutiendo el coste excesivo a sus propios clientes. Los causados por el comportamiento anticompetitivo podrían así trasladarse a la cadena del suministro e incluso repercutirse íntegramente en el consumidor final. Jurídicamente hay que considerar si debería permitirse al infractor alegar como defensa esta transmisión, y, de igual forma, la legitimación de los compradores indirectos a los que podría haberse trasladado el coste excesivo.

Esta cuestión, de suma complejidad, no parece que pueda regularse a nivel comunitario, toda vez que la determinación de los daños en definitiva, hoy por hoy, responderá a las consideraciones de las legislaciones nacionales. Por otro lado, en una indemnización por daños por causa de una infracción parece que el infractor es el que debe responder del daño causado, por el monto que resulte probado, a quien se causó siendo el criterio que debe seguirse, al menos en nuestro ordenamiento interno, en esta materia y a los distintos niveles de exigencia de prueba.

v) Defensa de los intereses de los consumidores

Se parte de la base de lo improbable de que consumidores y pequeños compradores reclamen por daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de competencia, planteándose la conveniencia de si deberían existir procedimientos especiales para interponer acciones colectivas por las asociaciones de consumidores. En todo caso, estas acciones deberán responder al daño real sufrido por cada consumidor, por lo que no podrá privarse a éstos de participar en la acción colectiva, cauce que parece más adecuado, o la interposición de una acción individual.

vi) Coste de las acciones

La norma general del vencimiento, como criterio para el pago de las costas que rige en nuestro ordenamiento jurídico civil, salvo las situaciones excepcionales que contempla la LEC, sigue pareciendo la adecuada también en el supuesto de reclamación de daños como consecuencia de la infracción de normas de competencia. El amplio acceso a la justicia gratuita de nuestro sistema interno, ejemplar en la UE y que algunos de los Estados miembros más importantes han incluso copiado, no parece que tenga que ser reformado.

vii) Coordinación de la aplicación jurídica pública y privada

Es evidente la conveniencia de la aplicación uniforme pública y privada de las normas de competencia respecto de criterios generales, pero sin olvidar las diferencias en la actuación de las autoridades de competencia, regidas por principios inquisitivos y de investigación, y los órganos jurisdiccionales en la aplicación privada de aquellas normas, regidos por principios de contradicción y aportación de parte. Indudablemente estos distintos sistemas de actuación pueden aportar soluciones distintas, lo que es admitido por el propio Reglamento 1/2003 CE.

Las situaciones de solicitudes de clemencia es una asignatura pendiente de nuestro ordenamiento interno, que en algún momento y de alguna forma habrá que abordar.

viii) Competencia judicial y legislación aplicable

Los criterios del Reglamento 44/2001 en cuanto a competencia judicial parecen los adecuados y no existe situación excepcional alguna que aconseje decantarse por otros criterios que no harían más que complicar las cosas.

La propuesta del Reglamento de la Comisión relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se presenta como más objetivo y conveniente a los supuestos que comentamos.

ix) Otras cuestiones

Bajo esta rúbrica y como cierre se plantean cuestiones tan diversas como la conveniencia de recurrir al peritaje en los Tribunales para garantizar un procedimiento eficiente, el cálculo de los plazos de prescripción y

la aclaración del requisito de la causalidad para facilitar la reparación de daños. Sistemas internos tan diversos como los que se contemplan en los veinticinco Estados miembros no parece que posibiliten la aportación de soluciones uniformes a estos y otros problemas.

B. EL ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Muy diversos aspectos determinan el que la proyectada Ley de Defensa de la Competencia española pueda ser calificada de importante. Aparte de modificar nuestro Derecho sustantivo de defensa de la competencia para acercarlo a las últimas exigencias del Derecho comunitario sobre la materia, incorpora un nuevo modelo de autoridad nacional para la protección de los intereses públicos que en el contexto proyectado gozará de mayor independencia, además de modernizar y agilizar, sin duda, la tramitación y resolución de los expedientes en un contexto de mejor conexión con la autoridad comunitaria y con los órganos jurisdiccionales.

La acogida general de la proyectada Ley ha de ser positiva. Ya le señalamos acogida favorable desde la publicación del Libro Blanco⁷². Desde que el 20 de enero de 2005 el vicepresidente segundo del Gobierno y ministro de Economía y Hacienda presentara el Libro Blanco ha transcurrido más de un año en el que los borradores del anteproyecto de la Ley se sometieron al análisis y crítica de todos y se formularon diversas opiniones y sugerencias, principalmente por los diversos expertos en la materia. En muy contadas ocasiones se ha sometido una ley previamente a información pública tan amplia. Pese a ello, no puede aventurarse el texto de la Ley que surgirá del Parlamento, dado el uso desmesurado que en muchos casos hacen los representantes de la voluntad popular de la confianza que en ellos depositan los ciudadanos.

En el contexto de nuestro trabajo se dedicarán unas breves reflexiones a aquella parte del proyecto que incide sobre cuestiones que afectarán a los órganos jurisdiccionales en la aplicación de la Ley.

Es precisamente la regulación que se pretende hacer respecto de la aplicación de la legislación interna por los Juzgados de lo Mercantil y las relaciones de éstos con las autoridades administrativas las que no están exentas de crítica.

⁷² J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Primeras reflexiones sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 37, pp. 7-24.

a) *Establecimiento de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil*

Debe comenzar por señalarse que la inclusión de los Juzgados de lo Mercantil dentro del esquema institucional de órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley presupone una desnaturalización de los órganos judiciales, ya que éstos forman parte del Poder Judicial y no de la Administración, no siendo, por tanto, susceptibles de ser considerados órganos del esquema administrativo.

Si bien la atribución de competencia a los Juzgados de lo Mercantil para conocer las cuestiones que se suscitan en relación con la aplicación de los arts. 1 y 2 LDC es coherente con la que ya ostentan aquellos Juzgados para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE, no puede hacerse esta atribución de competencias por la LDC. Tal atribución viene reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial, estando vetado a una Ley ordinaria la competencia material para hacer tal atribución, debiendo, por tanto, limitarse el anteproyecto a realizar una remisión genérica a lo que disponga la LOPJ, precisándose, en definitiva, una modificación de esta Ley para realizar tal atribución competencia.

b) *Cooperación con los órganos jurisdiccionales*

El art. 17 contempla la intervención de la Comisión Nacional de Competencia, las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas y la Comisión Europea en procedimientos privados ante los Juzgados de lo Mercantil, previendo que todas aquéllas pueden formular observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación por parte de los jueces de los arts. 1 y 2 de la Ley. Se pretende introducir la figura del *amicus curiae*, tan ajena a nuestro ordenamiento, extendiéndola ahora a la autoridad nacional de competencia y a las autoridades autonómicas, incluso, pero yendo más lejos, alcanza sus observaciones a cuestiones relativas «a la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de los arts. 1 y 2 de la Ley», lo que podría atentar al principio de independencia judicial.

Por su parte, las previsiones del art. 17.2 deben merecer severa crítica. Se trata de legitimar la intervención directa de los tres órganos administrativos en un procedimiento judicial privado, lo que carece de encaje legal en nuestro sistema procesal y no puede en ningún caso sustentarse en los arts. 6 a 11 LEC como hace el anteproyecto, salvo que se proceda a su modificación.

Igual crítica merece el art. 17.2 en lo que respecta al deber que señala al Tribunal de llamar al proceso a la Comisión Nacional de Competencia, de conformidad con lo previsto en el art. 14 LEC. Este precepto procesal

no contempla la obligación expresa del órgano jurisdiccional de llamar a dicha intervención, sino que regula la llamada intervención provocada solicitada por el demandante a un tercero para que intervenga sin cualidad de demandado en un proceso.

c) *Coordinación con los órganos jurisdiccionales*

La coordinación entre órganos administrativos y órganos jurisdiccionales que pretende el art. 18 del anteproyecto en sus términos se confronta con el principio de independencia judicial.

Se pretende trasladar a nuestro ordenamiento jurídico interno el mecanismo del *animus curiae* que establece para el Derecho comunitario el Reglamento 1/2003 CE.

Tal traslación no puede llevarse a cabo sin una modificación expresa de las normas procesales aplicables, al ser dicha figura extraña a nuestro Derecho procesal. La obligación que se establece en el art. 18.1 del anteproyecto a los órganos judiciales de informar a la Comisión Nacional de la Competencia de estar conociendo de algún asunto relativo a las materias de los arts. 1 y 2 va incluso más allá de la previsión del Reglamento 1/2003 CE, que se limita a señalar que los órganos administrativos podrán solicitar dicha información sin imponer a los judiciales la obligación de previa comunicación, lo que además es ajeno a nuestro ordenamiento procesal.

En el apartado 2 del mismo artículo, después de señalar el principio de congruencia deseable entre las resoluciones administrativas y judiciales, se establece que a tal fin los órganos jurisdiccionales podrán acordar la suspensión del proceso hasta que recaiga decisión definitiva de los órganos administrativos, de conformidad con el art. 42.3 LEC. Esta remisión a la Ley procesal civil parece inadecuada, ya que el citado precepto procesal relativo a cuestiones procesales no penales señala la obligación de los órganos civiles de suspender el procedimiento cuando lo establezca la Ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, quedando además vinculado el Tribunal civil a la decisión.

Una suspensión facultativa del juez deberá en su caso regularse en la Ley procesal, siendo además desproporcionado el que queda vinculado el juez a la decisión de los órganos que se señalan en aquel precepto respecto de la cuestión prejudicial, además de contrario a todas las normas que disciplinan los conflictos privados.

d) *Coordinación de los órganos jurisdiccionales y autonómicos*

Finalmente ha de hacerse mención a la poco afortunada atribución que se hace en el art. 28.2 a la Comisión Nacional de Competencia de velar

por la aplicación coherente de esta normativa especial en el ámbito nacional mediante la coordinación de los órganos jurisdiccionales con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en la aplicación de la Ley de Competencia. La Comisión Nacional de Competencia carece de competencia para coordinar las eventuales relaciones de cooperación entre órganos jurisdiccionales y autonómicos, debiendo ser suprimida esta pretendida atribución.

Hasta aquí unas breves reflexiones a aquella parte del anteproyecto de LDC que incide en cuestiones que afectan a la organización y al funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho interno de competencia. Es de desear que en el trámite parlamentario se reconduzcan las cosas a su justo término y se emprenda en paralelo la reforma procesal necesaria para una coherente y correcta aplicación tanto de la nueva Ley interna como del Reglamento 1/2003 CE conforme señalábamos antes al tratar de los problemas ya existentes por la aplicación del citado Reglamento sin que se haya emprendido aún, y pese al tiempo transcurrido, la necesaria reforma procesal.

LIBERALIZACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE RED

GERMÀ BEL

JOAN CALZADA

XAVIER FAGEDA *

Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

En la última década los servicios públicos de red han sido objeto de un proceso de intensa reforma regulatoria en España, que se ha desarrollado en el marco del activismo liberalizador impulsado desde la Unión Europea. Este proceso ha alcanzado a una gran variedad de sectores económicos. Entre los sectores con un componente de red más acentuado, el alcance de la reforma ha sido especialmente relevante en las telecomunicaciones y la energía.

En este trabajo evaluamos el progreso de la liberalización en estos sectores en España. Para ello, revisamos los principales hitos del proceso de liberalización y los principales indicadores de funcionamiento de los sectores sobre los que centramos nuestra atención. La perspectiva que adoptamos para nuestro análisis es comparada. En un contexto general de avance de la competencia, nos parece de indudable interés comparar el progreso de la competencia en España con el que se ha producido en el resto de países de la Unión Europea.

El trabajo se organiza de la siguiente forma: tras esta introducción, la siguiente sección evalúa el grado relativo de introducción de competencia en las telecomunicaciones. A continuación se evalúa para el caso de la energía. Por último, se establecen las principales conclusiones derivadas de nuestro análisis.

* Queremos agradecer las sugerencias y observaciones de Laura FERNÁNDEZ y de los demás miembros del grupo de investigación *Polítiques Públiques i Regulació Econòmica* (GPPE-IREA), de la Universitat de Barcelona.

2. EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

La liberalización de las telecomunicaciones en España se empezó a preparar a finales de los años ochenta, impulsada por las autoridades europeas¹. Sin embargo, no fue hasta finales de los años noventa cuando se emprendieron medidas importantes para romper el monopolio de Telefónica y favorecer la entrada de nuevos competidores. Inicialmente, el ritmo y la forma con el que se llevó a cabo la liberalización en España estuvo condicionada por la necesidad de expandir el servicio a todo el territorio nacional y de modernizar a Telefónica². Se consideraba que antes de liberalizar el mercado era conveniente garantizar el servicio universal. De este modo, la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) de 1987 y sus posteriores modificaciones tuvieron poca incidencia en el desarrollo de la competencia, aunque permitió al Estado recuperar la iniciativa en política de telecomunicaciones que desde hacía décadas se había delegado en la Compañía Telefónica Nacional de España. La modificación de la LOT en 1992 liberalizó el mercado de terminales, los servicios de valor añadido y los servicios portadores en telefonía móvil. Posteriormente, la Ley de Telecomunicaciones por Cable de 1995 reordenó un mercado del cable caótico e intentó crear una red nacional de banda ancha. Para ello, se dividió el territorio nacional en varias demarcaciones en las que debía operar Telefónica y un segundo operador, y estableció una moratoria para el despliegue del cable por Telefónica. A pesar de ello, finalmente Telefónica apostó por el ADSL y no construyó su red.

En 1996, se aprobó un real decreto-ley que estableció la liberalización de la telefonía básica en diciembre de 1998, y que tras su paso por el Parlamento dio lugar a la Ley de Liberalización de Telecomunicaciones de 1997. Anteriormente, el Gobierno español había negociado con la Comisión Europea una moratoria para retrasar la liberalización total del mercado hasta 2003. Sin embargo, finalmente el gobierno renunció a la moratoria. En efecto, el desarrollo del móvil permitió llevar el teléfono a las poblaciones más remotas y solucionar el problema de la universalización del servicio. Por otro lado, la Dirección de la Competencia de la Unión Europea condicionó una alianza de Telefónica con un grupo de operadores europeos (Unisource) al adelanto de la liberalización.

En 1997 se convocaron los primeros concursos para algunas demarcaciones del cable y se concedió una licencia de telefonía básica al segundo operador, Retevisión, que empezó a operar en enero de 1998³. Finalmente, el 1 de diciembre de 1998 quedó completamente liberalizado el merca-

¹ ALABAU (1998, 2001) analiza el papel de la Unión Europea en el desarrollo del sector.

² Para un análisis detallado de los factores nacionales que condicionaron la liberalización en España ver JORDANA y SANCHO (1999) y CALZADA y COSTAS (2005).

³ En el mismo año el Gobierno vendió sus últimas participaciones en Telefónica, perdiendo el control sobre la empresa. Ver BEL y TRILLAS (2005).

do de telecomunicaciones. Por tanto, la liberalización española sólo acumuló unos meses de retraso respecto a la mayoría de Estados miembros, aunque algunos países como el Reino Unido o Finlandia habían liberalizado sus mercados varios años antes, y otros como Grecia todavía tardaron un tiempo en hacerlo.

Para regular los aspectos técnicos y económicos más importantes del nuevo mercado liberalizado se aprobó la Ley General de Telecomunicaciones de 1998. La Ley trata de aspectos como los precios de Telefónica, el régimen de licencias y autorizaciones, la interconexión e interoperabilidad de las redes y la prestación del servicio universal. Muchas de estas regulaciones han sido modificadas por la nueva Ley General de Telecomunicaciones de 2003. Tras más de cinco años de liberalización se modificó la legislación para eliminar el intervencionismo excesivo y para relanzar la liberalización. La nueva Ley elimina trabas al funcionamiento de la competencia, como el antiguo régimen de autorizaciones para prestar servicios a través de redes propias, y establece una regulación *ex post* en aquellos mercados relevantes en los que no existe competencia efectiva.

A. LA TELEFONÍA FIJA

El nivel de penetración de la telefonía fija se ha mantenido muy estable después de la liberalización, pasando del 40,9 por 100 en 1998 al 41,5 por 100 en 2004. Estas cifras se sitúan muy por debajo de la media europea. Además, hay una tendencia a la reducción del número de líneas de telefonía fija y del tráfico por línea debido principalmente al fuerte crecimiento de la telefonía móvil. En parte, esta situación se ve aliviada por la fuerte contratación de líneas de banda ancha. La penetración de la banda ancha en España es muy inferior a la media europea, y se basa principalmente en la tecnología DSL, que comercializan Telefónica y otros operadores mediante el acceso indirecto. Además del DSL, el despliegue del cable empieza ya a ser importante en España, pero los consumidores todavía utilizan poco esta tecnología.

Después de la liberalización, varios operadores invirtieron en redes de larga distancia, que utilizan para conectar con sus redes locales de telefonía móvil o de cable, o para ofrecer servicios portadores a otras empresas. Sin embargo, la construcción de nuevas redes locales se ha realizado casi exclusivamente por los operadores de cable, que iniciaron su actividad desplegando redes en las grandes ciudades. Según la Fundación Auna (2005), en 2004 la penetración del cable en España era del 1,2 por 100, inferior al 1,7 por 100 de media en la Unión Europea y muy inferior al 6,7 por 100 de Holanda o al 6,6 por 100 de Dinamarca. Esta situación en parte se puede explicar por las dificultades que durante años tuvieron los cableoperadores para obtener derechos de paso en algunos municipios y para llegar a acuerdos de interconexión con Telefónica. Además, los cableoperadores han teni-

TABLA I
PENETRACIÓN DE LA TELEFONÍA FIJA Y DE LA BANDA ANCHA

| | <i>Penetración líneas par de cobre en servicio (2003)</i> | <i>Banda ancha (octubre 2005)</i> | | |
|--------------|---|---------------------------------------|------------------------------|---|
| | | <i>Penetración líneas banda ancha</i> | <i>Porcentaje líneas DSL</i> | <i>Cuota mercado operador establecido</i> |
| Austria | 48,1 | 12,40 | 56 | 39 |
| Alemania | 65,9 | 11,50 | 97 | 65 |
| Bélgica | 49,4 | 18,00 | 62 | 48 |
| Países Bajos | 61,4 | 23,80 | 60 | 43 |
| Luxemburgo | 79,0 | 13,40 | 89 | 76 |
| Dinamarca | 67,0 | 22,50 | 63 | 60 |
| Finlandia | 48,8 | 20,33 | 79 | 67 |
| Suecia | 73,3 | 19,30 | 65 | 36 |
| Francia | 56,6 | 14,77 | 94 | 45 |
| Grecia | 45,4 | 1,00 | 98 | 74 |
| Irlanda | 48,5 | 5,30 | 76 | 59 |
| Italia | 48,4 | 10,00 | 94 | 70 |
| Portugal | 41,4 | 10,80 | 57 | 78 |
| España | 42,9 | 10,50 | 77 | 52 |
| Reino Unido | 60,0 | 14,90 | 72 | 25 |

Fuente: Elaboración a partir de Comisión Europea (2006a) y CMT (2005).

do muchas dificultades para captar clientes. Por un lado, el operador de televisión digital por satélite, Digital+, concentra la mayor parte de la demanda de servicios audiovisuales de pago en España⁴. Por otro lado, los operadores que comercializan ADSL han capturado una parte importante del mercado de banda ancha y compiten en el mercado de telecomunicaciones y audiovisual. Así, aunque en los últimos años los cableoperadores han aumentado considerablemente el número de líneas instaladas, hasta el momento no han conseguido atraer a un número importante de clientes.

En la actualidad, el mercado español de telefonía fija puede ser visto como un oligopolio donde Telefónica controla cerca de dos tercios de la facturación, y el Grupo ONO, Uni2, Jazztel y Tele 2 aglutinan una parte

⁴ En noviembre de 2003, las autoridades españolas aprobaron la fusión de los operadores de televisión por satélite Sogecable y Vía Digital, que dio lugar a la creación de Digital+. La fusión fue autorizada bajo el argumento de que era necesario garantizar la viabilidad de las empresas. Mientras que en 2003 Sogecable tenía 1.878.074 subscriptores y Vía Digital 662.664, en 2004 el número de subscriptores de Digital+ era de 2.093.817. Por otro lado, entre 2003 y 2004 los ingresos de la televisión digital aumentaron de los 1.376,6 millones de euros a los 1.418 millones (ver CMT, 2005). Por el contrario, en 2004 el cable tenía 1.124.049 subscriptores y ingresaba 274,9 millones de euros.

sustancial del resto del mercado. Después de la absorción de los cableoperadores del Grupo Auna, el Grupo ONO se ha convertido en la única empresa capaz de impulsar la competencia en infraestructuras. La mayor parte del resto de entrantes impulsan la competencia en servicios a través del acceso indirecto, que desde la liberalización ha estado sostenida por unos precios de interconexión favorables.

La llegada de la competencia ha aumentado la elección de los consumidores. La posibilidad de portar el número de teléfono de un operador a otro facilita esta dinámica. Sin embargo, muchos de los nuevos operadores se concentran en segmentos específicos del mercado o limitan su actividad a determinadas áreas geográficas. Por este motivo, hasta ahora el número de usuarios que utilizan un operador diferente de Telefónica es reducido. Para medir el número efectivo de operadores en el mercado la

TABLA 2

NÚMERO DE OPERADORES Y CUOTA DE MERCADO DEL OPERADOR ESTABLECIDO EN EL MERCADO DE TELEFONÍA FIJA

| | Operadores principales septiembre 2005 | Cuota mercado líneas acceso directo entrantes septiembre 2005 | Cuota mercado ingresos operador establecido diciembre 2004 | | |
|--------------|--|--|---|--------------------------------|-----------------------------|
| | | | Llamadas locales: voz + Internet | Llamadas larga distancia | Llamadas internacionales |
| Austria | 6 | 6 | 53,0 | 73,0 | 53,0 |
| Alemania | 12 | 12 | 57,0 | 59,0 | 40,0 |
| Bélgica | 8 | 8 | 73,0 | 73,0 | 46,5 |
| Países Bajos | 2 | 2 | 75,0 | 75,0 | 45,0 |
| Luxemburgo | 2 | 2 | N.D. | N.D. | N.D. |
| Dinamarca | 7 | 7 | 90,0 | 62,0 | 57,0 |
| Finlandia | 3 | 3 | 95,0 | 45,0 | 41,0 |
| Suecia | 10 | 10 | N.D. | N.D. | N.D. |
| Francia | 4 | 4 | 78,9 | 66,9 | 65,7 |
| Grecia | 4 | 4 | 82,1 | 74,6 | 68,6 |
| Irlanda | N.D. | N.D. | 84,0 | 87,0 | 69,0 |
| Italia | 4 | 4 | 68,6 | 67,9 | 56,8 |
| Portugal | 3 | 3 | N.D. | 79,3 | 81,5 |
| España | 6 | 6 | 76,8 | 72,2 | 66,1 |
| Reino Unido | 11 | 11 | 54,0 | 54,4 | 54,4 |

Los datos de Dinamarca sobre cuotas de ingreso del operador establecido corresponden a diciembre de 2003. Los datos de Suecia son confidenciales. Los datos de larga distancia de Portugal incluyen las llamadas locales.

Fuente: Comisión Europea (2004 y 2006).

Comisión Europea (2006) calcula el número de operadores que tienen una cuota de mercado de ingresos combinada de al menos el 90 por 100 del mercado total de telefonía fija, incluyendo todo tipo de llamadas. Según este indicador, en el 2004 sólo cinco países tenían más de cinco operadores principales. En cambio, en el 2005 había siete. España tenía seis operadores principales, pero la tendencia actual a la concentración puede reducir este número.

Si nos centramos en las cuotas de mercado, los datos de CMT (2005) muestran que entre el 2001 y el 2004 la cuota de mercado de Telefónica en líneas de acceso se redujo del 94,1 al 86,5 por 100, principalmente en beneficio de los operadores de cable. La tabla 2, con datos de la Comisión Europea (2005), muestra que España, junto al Reino Unido y Dinamarca, es uno de los países donde los entrantes tienen una mayor cuota de líneas de acceso directo. La competencia en infraestructuras es clave para asegurar la competencia en el sector. Durante los primeros años de la liberalización la competencia en servicios (a través del acceso indirecto) permitió a los consumidores disfrutar de una mayor variedad de servicios y de menores precios. Pero para que la competencia sea sostenible es conveniente que los nuevos operadores dispongan de sus propias líneas de acceso.

Desde 1998, Telefónica ha tenido una reducción importante de cuota de mercado en la prestación de todo tipo de llamadas, pero especialmente en las llamadas internacionales y de fijo a móvil, que son las que ofrecen mayores márgenes para los operadores. Por otro lado, durante años Telefónica era el único operador que ofrecía llamadas locales, pero después de la aprobación de la desagregación del bucle local en 2000 varios operadores como Jazztel, Uni2 o BT entraron con éxito a comercializar todo tipo de llamadas sin tener acceso directo con los clientes. A pesar de esto, España es uno de los países europeos donde el antiguo operador retiene una mayor parte del mercado, especialmente en las llamadas de larga distancia (tabla 3). Además, esta situación ha permanecido muy estable en los últimos años.

La liberalización del mercado iniciado en 1998 ha favorecido una paulatina reducción de precios y la aparición de numerosas ofertas comerciales. Antes de la liberalización, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos fijaba precios administrativos para más de 1.000 servicios minoristas y mayoristas de Telefónica. En la actualidad, muchos de estos precios están desregulados. Por otro lado, desde el 2000 los precios de las llamadas de Telefónica se regulan a través de la fórmula del IPC-X, que en los últimos años se ha revisado en varias ocasiones. Después de la liberalización del sector el Gobierno propició importantes reducciones de precios y favoreció un cierto reequilibrio tarifario para acercar los precios a los costes. Sin embargo, en los últimos años los precios han tendido a estabilizarse. Cabe resaltar que las reducciones de precios implantados a través del IPC-X han reducido de forma importante los márgenes operativos de los entrantes, ya que éstos alinean sus precios con los de Telefónica.

TABLA 3

PORCENTAJE DE USUARIOS QUE UTILIZAN UN OPERADOR ALTERNATIVO PARA LOS SERVICIOS DE VOZ Y PORTABILIDAD DEL NÚMERO DE TELÉFONO

| | <i>Llamadas locales</i> | <i>Llamadas de larga distancia-internacionales</i> | <i>Acceso directo</i> | <i>Portabilidad</i> |
|--------------|-------------------------|--|-----------------------|---------------------|
| Austria | 33,0 | 33,0 | 6,0 | N.D. |
| Alemania | 17,0 | 40,0 | 6,0 | N.D. |
| Bélgica | 31,5 | 31,5 | 9,2 | 852.605 |
| Países Bajos | N.D. | N.D. | N.D. | 1.187.984 |
| Luxemburgo | 21,0 | 21,0 | 98,0 | 1.357 |
| Dinamarca | 44,0 | 44,0 | 20,0 | 820.000 |
| Finlandia | 1,0 | 65,0 | — | 25.000 |
| Suecia | 38,0 | 38,0 | 2,2 | 193.665 |
| Francia | 19,0 | 22,7 | 1,8 | 1.000.000 |
| Irlanda | 19,0 | 19,0 | — | 50.826 |
| Italia | 21,2 | 32,7 | 5,3 | 1.182.738 |
| Portugal | 22,2 | 23,7 | 8,0 | 228.731 |
| España | 24,2 | 24,2 | 11,0 | 1.710.651 |
| Reino Unido | 32,6 | 32,6 | 17,9 | 600.000 |

Fuente: Comisión Europea (2006).

La CMT (2005) presenta un índice anual de los precios minoristas de la telefonía fija. Se trata de un índice de Laspeyres de cestas fijas que muestra la evolución de los precios medios, calculados como ingresos medios por línea en servicio. El índice sólo incluye ingresos derivados del tráfico directamente ponderados por los ingresos del año base 2000. El análisis de este índice muestra que desde 2000 se han producido reducciones de precios importantes, en gran parte motivada por la regulación del IPC-X. Sin embargo, en el último año los precios se han estabilizado.

Telefónica y los nuevos operadores utilizan descuentos y otros instrumentos comerciales para ganar flexibilidad y segmentar el mercado. Los descuentos se conceden especialmente en las llamadas nacionales, sobre todo en las llamadas locales. Los entrantes realizan reducciones de precios más agresivas y utilizan sistemas tarifarios innovadores, como las tarifas planas o la discriminación entre llamadas a la propia red o a la red de los competidores. Sin embargo, las nuevas ofertas complican el estudio de los precios por parte de los consumidores, y, por otro lado, no han reducido los precios tanto como se esperaba.

TABLA 4

ÍNDICE DE PRECIOS ANUAL DE TELEFONÍA FIJA MINORISTA
(porcentaje)

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|------------|------|------|------|------|------|
| Índice CMT | 100 | 93,0 | 76,8 | 69,2 | 69,5 |

Fuente: CMT (2006).

La tendencia a la reducción de los precios en España y en la Unión Europea se produce en un contexto de reducción de los ingresos generados por la telefonía fija. De forma sorprendente, la comparación de España con la UE15 muestra que mientras los precios de la telefonía local en

TABLA 5

PRECIOS DE LA EMPRESA ESTABLECIDA DE TELEFONÍA FIJA
(EUROS/SEPTIEMBRE DE 2005)

| | <i>Cuota mensual mercado residentes</i> | <i>3 minutos llamada local</i> | <i>3 minutos llamada larga distancia</i> | <i>10 minutos llamada país cercano de UE</i> |
|--------------|---|--|--|--|
| Austria | 15,98 | 0,147 | 0,177 | 1,90 |
| Alemania | 15,66 | 0,117 | 0,147 | 1,23 |
| Bélgica | 16,80 | 0,208 | 0,208 | 1,98 |
| Países Bajos | 18,16 | 0,129 | 0,184 | 0,85 |
| Luxemburgo | 18,40 | 0,093 | 0,093 | 1,37 |
| Dinamarca | 16,00 | 0,134 | 0,134 | 0,77 |
| Finlandia | 11,77 | 0,158 | 0,352 | 1,90 |
| Suecia | 13,75 | 0,125 | 0,125 | 0,58 |
| Francia | 13,00 | 0,134 | 0,228 | 2,27 |
| Grecia | 12,38 | 0,093 | 0,222 | 2,49 |
| Irlanda | 24,18 | 0,148 | 0,245 | 1,54 |
| Italia | 14,57 | 0,122 | 0,399 | 2,12 |
| Portugal | 15,07 | 0,148 | 0,232 | 2,81 |
| España | 15,28 | 0,089 | 0,321 | 1,53 |
| Reino Unido | 16,84 | 0,132 | 0,133 | 2,52 |

Notas: 1) Los precios incluyen el IVA; 2) en Italia, Suecia, Reino Unido y Japón las cuotas son distintas para residentes y clientes de negocios; 3) los precios de las llamadas locales se refieren al período pico.

Fuente: Comisión Europea (2006).

España son los más bajos de Europa, la situación es justamente la contraria con los precios de la telefonía de larga distancia. Este dato sugiere que en España puede ser conveniente realizar un mayor reequilibrio tarifario.

A partir del análisis anterior, podemos situar los resultados del proceso liberalizador español en el contexto internacional. Los países de la Unión Europea se pueden clasificar en función de su éxito relativo a la hora de introducir competencia:

Grado de competencia superior. El mercado de telefonía fija del Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Bélgica y España muestran una importante cuota de mercado de líneas de acceso directo de los entrantes. Por otro lado, una parte significativa de los usuarios utilizan operadores alternativos a la hora de consumir servicios. La portabilidad es importante y los precios de las llamadas son relativamente reducidos.

Grado de competencia medio. En Portugal, Italia, Austria y Alemania existe una entrada significativa de entrantes en las líneas de acceso directo, la utilización de los operadores alternativos es moderada y los precios de las llamadas están en una posición próxima a la media de la UE.

Grado de competencia inferior. Los mercados de Luxemburgo, Francia, Finlandia, Grecia e Irlanda se caracterizan por poca competencia en infraestructuras y en servicios.

En resumen, España es uno de los países europeos en los que más ha avanzado la competencia, tanto en infraestructuras como en servicios, y es uno de los países donde más números de teléfonos se han portado. A pesar de ello, existe una tendencia importante a la concentración y los precios de algunos servicios, como el de las llamadas de larga distancia, siguen siendo elevados en comparación a los europeos. En los próximos años, el aumento de la importancia de la banda ancha puede producir cambios importantes en el modelo de negocio de los operadores. De este modo, los ingresos por las llamadas irán perdiendo peso en beneficio de otros servicios con mayor valor añadido.

B. LA TELEFONÍA MÓVIL

El mercado español de la telefonía móvil fue parcialmente liberalizado en 1995, cuando se concedió la primera licencia de GSM a Airtel (actualmente Vodafone). Sin embargo, no fue hasta finales de los años noventa, coincidiendo con la concesión de la tercera licencia de GSM a Amena, cuando el sector inició su espectacular crecimiento. Desde 1998 a 2004, la tasa de penetración pasó del 16,3 al 89,4 por 100. Este nivel de penetración es superior a la media europea, que fue del 87 por 100 en el 2004. Por otro lado, desde 2000 el número de teléfonos móviles es más grande que el de fijos, y desde 2003 la facturación de la telefonía móvil

TABLA 6

USUARIOS DEL MÓVIL E INDICADORES DE COMPETENCIA (OCTUBRE DE 2005)

| | <i>Nivel de penetración</i> | <i>Millones usuarios</i> | <i>Operadores con DCS y/o GSM</i> | <i>Operadores de servicio</i> | <i>Cuota mercado clientes operador principal</i> | <i>Números portados</i> |
|--------------|-----------------------------|--------------------------|-----------------------------------|-------------------------------|--|-------------------------|
| Austria | 99 | 8,2 | 4 | 3 | 40 | N.D. |
| Alemania | 90 | 76,1 | 4 | 8 | 31 | 670.214 |
| Bélgica | 83 | 8,7 | 3 | 0 | 47 | 931.874 |
| Países Bajos | 94 | 15,4 | 5 | 17 | 36 | 1.231.874 |
| Luxemburgo | 150 | 0,7 | 2 | 3 | 58 | 12.264 |
| Dinamarca | 96 | 5,2 | 4 | 24 | 31 | 1.397.000 |
| Finlandia | 98 | 5,1 | 3 | 11 | 46 | 2.774.000 |
| Suecia | 101 | 9,1 | 4 | 20 | 45 | 1.334.879 |
| Francia | 76 | 46,1 | 3 | 9 | 47 | 458.900 |
| Grecia | 89 | 9,9 | 4 | 0 | 41 | 45.205 |
| Irlanda | 96 | 4,0 | 3 | 0 | 49 | 330.000 |
| Italia | 111 | 65,1 | 3 | 0 | 40 | 5.051.440 |
| Portugal | 106 | 11,1 | 3 | 0 | 52 | 64.764 |
| España | 94 | 40,4 | 3 | 8 | 48 | 6.171.680 |
| Reino Unido | 103 | 61,6 | 4 | 50 | 25 | 4.413.152 |

Fuente: Comisión Europea (2006).

(10.297 millones de euros en 2004) es mayor que la fija (8.368 millones de euros en 2004). A pesar de esto, no parece que el crecimiento del sector se tenga que parar pronto. La elevada penetración del móvil en algunos países europeos, como Suecia, Italia, Portugal o el Reino Unido, y la progresiva migración de tráfico de la telefonía fija a la móvil hacen suponer que el sector seguirá creciendo.

Una medida trascendental en la regulación del móvil fue la desregulación de los precios de Movistar en 1998. La desregulación se produjo cuando el gobierno consideraba que la telefonía digital (operado a través del sistema GSM) ya había alcanzado un nivel de competencia suficiente. Sin embargo, a finales de los noventa la competencia en el móvil todavía era muy limitada. En efecto, los operadores se aprovecharon del crecimiento del mercado y se limitaron a captar clientes nuevos a través de campañas publicitarias, planes de descuento y el regalo de terminales. La salud financiera de los operadores de móvil también se vio beneficiada

por los elevados ingresos de interconexión que obtenían al terminar las llamadas de otros operadores en su red.

La llegada de Amena en 1999 aumentó el dinamismo del mercado, aunque cabe preguntarse si hubiese sido factible conceder una cuarta licencia como hicieron otros países europeos (tabla 6). Amena inició su actividad en plena explosión del mercado, que en buena medida se vio impulsada por el lanzamiento de las tarjetas de prepago.

En los últimos años, el aumento de la presión competitiva ha hecho reducir la cuota de mercado de Telefónica Móviles hasta el 50 por 100 actual, mientras que Vodafone y Amena se reparten el resto a partes más o menos iguales. El desarrollo creciente de la competencia en España también queda reflejado por la cantidad de números de teléfono portados, muy superior a la media europea (tabla 4). A pesar de ello, España es uno de los países europeos donde el operador dominante tiene una cuota de mercado más elevada. La concesión de cuatro licencias de UMTS en el 2000 podía haber modificado esta situación, pero hasta el momento el cuarto operador no ha empezado su actividad comercial. Por otro lado, en los últimos años se han tomado diversas medidas para facilitar la entrada de operadores móviles virtuales (operadores sin red propia), una posibilidad muy utilizada en varios países europeos. En el 2006 se ha vuelto a regular esta figura, pero se ha establecido que los precios de interconexión deben ser negociados por los propios operadores, y sólo en caso de conflicto intervendrá la CMT.

El aumento de la competencia y la saturación del mercado ha modificado la estrategia empresarial de los operadores móviles españoles, que en lugar de captar clientes nuevos intentan fidelizar a los que ya tienen, sobre todo aquellos que generan más tráfico y realizan un mayor gasto. Para ello, ofrecen descuentos a números frecuentes, discriminan entre llamadas a la propia red y fuera de ella, eliminan la cuota mensual y tratan de añadir valor a sus servicios. Esta política no está teniendo mucho impacto en los precios. En algunos momentos los operadores han lanzado ofertas comerciales agresivas, pero en general los precios se han mantenido bastante estables. La tabla 7 muestra la estabilidad de los ingresos medios por cada minuto factu-

TABLA 7

EVOLUCIÓN DE LOS INGRESOS MEDIOS POR MINUTO DE VOZ Y SMS (EUROS)

| | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|---------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Minuto de voz | 0,249 | 0,229 | 0,217 | 0,201 | 0,193 | 0,190 |
| Mensaje corto | N.D. | 0,114 | 0,091 | 0,095 | 0,103 | 0,107 |

Fuente: CMT (2005).

TABLA 8

PRECIO DE LA CESTA, EN EUROS POR MES (2005)

| | <i>Cesta reducida</i> | <i>Cesta Media</i> | <i>Cesta alta</i> |
|----------------------|-----------------------|--------------------|-------------------|
| Austria Mobilkon | 21,2 | 38,5 | 58,1 |
| T-Mobile | 21,2 | 37,2 | 51,5 |
| Alemania T-Mobile | 23,3 | 48,8 | 98,8 |
| Vodafone | 23,3 | 53,8 | 89,2 |
| Bélgica Mobistar | 19,4 | 40,7 | 72,9 |
| Proximus | 20,3 | 48,6 | 72,9 |
| Países Bajos KPN | 30,2 | 58,1 | 87,0 |
| Vodafone | 14,0 | 24,6 | 46,4 |
| Luxemburgo LuxGSM | 15,4 | 33,3 | 54,1 |
| Tango | 6,0 | 16,5 | 31,1 |
| Dinamarca Sonofon | 10,8 | 16,9 | 30,9 |
| TDCMobil | 10,8 | 26,7 | 46,7 |
| Finlandia Elisa | 9,6 | 19,7 | 34,5 |
| Sonera IT | 7,5 | 16,7 | 30,4 |
| Suecia Tele 2 | 7,6 | 19,2 | 37,6 |
| Telimobil | 9,9 | 28,9 | 50,4 |
| Francia Orange | 36,0 | 40,6 | 68,6 |
| SFR | 18,0 | 35,6 | 71,8 |
| Grecia Vodafone | 20,3 | 32,1 | 55,7 |
| Cosmole | 18,6 | 31,9 | 55,1 |
| Irlanda Vodafone | 25,7 | 47,9 | 83,1 |
| O2 | 22,9 | 52,4 | 92,8 |
| Italia TIM | 19,7 | 49,5 | 94,4 |
| Vodafone | 19,0 | 43,8 | 65,2 |
| Portugal TMN | 12,5 | 31,7 | 103,9 |
| Vodafone | 19,4 | 49,5 | 61,0 |
| España MoviStar | 15,8 | 42,9 | 76,3 |
| Vodafone | 15,1 | 37,2 | 71,3 |
| Reino Unido T-Mobile | 37,8 | 47,9 | 64,1 |
| O2 | 27,2 | 40,4 | 51,5 |

Nota: Las cestas no incluyen llamadas internacionales. Cesta de uso reducido: 25 llamadas/mes + 30 SMS, 42 por 100 de los cuales son a líneas de telefonía fija y 58 por 100 a móviles. Cesta de uso medio: 75 llamadas/mes + 35 SMS, 36 % de los cuales son a líneas de telefonía fija y 64 por 100 a móviles. Cesta de uso alto: 150 llamadas/mes + 42 SMS, 40 por 100 de los cuales son a líneas de telefonía fija y 60 por 100 a móviles.

Fuente: Comisión Europea (2006).

rado durante los últimos años. La comparación de los precios en España con los de países europeos tampoco es buena. Excepto para consumos moderados, los precios españoles están entre los más altos de Europa.

Finalmente, los datos proporcionados por la Comisión Europea permiten comparar la evolución del mercado español de telefonía móvil con el de los demás Estados miembros:

Grado de competencia superior. El Reino Unido, Dinamarca y Austria son los países con una menor cuota de mercado del operador principal. En estos países también existe una elevada portabilidad del número de teléfono y unas tarifas reducidas para los diferentes niveles de consumo.

Grado de competencia medio. Bélgica, Suecia, Finlandia y Dinamarca tienen unas tarifas reducidas y una elevada portabilidad. A pesar de ello, en estos países el operador principal tiene una cuota de mercado importante.

Grado de competencia inferior. En España, Portugal, Irlanda y Francia el operador principal tiene una cuota de mercado importante y los precios son relativamente elevados.

En resumen, el estudio del mercado español de la telefonía móvil muestra que en los últimos años este servicio ha tenido un crecimiento espectacular, tanto en número de abonados como en tráfico. Por otro lado, la llegada del segundo y tercer operador han introducido un gran dinamismo en el mercado. Pero a pesar de ello, los precios del móvil no han tenido una evolución tan favorable como se esperaba. Los operadores se han beneficiado del crecimiento del mercado y no han necesitado desplegar políticas de precios agresivas para atraer clientes. Dadas las dificultades para que el cuarto operador, Xfera, empiece a comercializar el UMTS, el apoyo a los operadores de móvil virtual constituye la gran oportunidad para aumentar la competencia.

3. EL SECTOR DE LA ENERGÍA

La liberalización del sector eléctrico en España recibió un impulso definitivo con la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico. Esta Ley introdujo competencia en los segmentos de actividad del sector que no presentaban características de monopolio natural, es decir, en la generación y comercialización. Así pues, se estableció el mercado mayorista de electricidad y se creó la figura del comercializador, a la vez que se puso el énfasis en la separación vertical de actividades.

La liberalización del sector del gas natural en España se inició con la aprobación de la Ley 34/1998, de Hidrocarburos, la cual clasificaba las diferentes subactividades del suministro de gas natural en actividades reguladas (regasificación, almacenamiento, transporte y distribución) y no reguladas (comercialización). Dicha Ley concibió el establecimiento de una competencia efectiva en el segmento de la comercialización de gas natural mediante la distinción entre consumidores cualificados (elegibles) o consumidores no cualificados (no elegibles), según su volumen de consumo.

En el resto de países de la Unión Europea también se llevaron a cabo reformas similares, tanto en el sector de la electricidad como en el sector del gas. Sin embargo, las medidas liberalizadoras de finales de los noventa no conllevaron un avance sustancial de la competencia en la mayoría de casos. De ahí que la Comisión Europea impulsara la liberalización total de estos sectores en la UE a partir de la aprobación de las Directivas comunitarias de la electricidad y el gas de 2003. En lo que sigue se analiza cuál ha sido el avance de la competencia en España en comparación a los países de su entorno como resultado del desarrollo de las mencionadas Directivas.

A. EL SECTOR ELÉCTRICO

La aprobación de las Directivas comunitarias de 2003 sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad y gas natural han significado un paso decisivo hacia la total liberalización de estos sectores en la UE⁵. En relación al sector eléctrico, estableció las siguientes medidas para estimular la competencia:

1. Creó plazos máximos para la total apertura de los mercados eléctricos; esto es, la libertad de elección de suministrador para los consumidores. Los plazos son: el 1 de julio de 2004 para los grandes usuarios industriales (ya superado) y el 1 de julio de 2007 para todos los hogares.
2. Exigió la separación contable entre los operadores de las redes de transporte y los operadores de las redes de distribución. Además, estableció la necesidad de designar a un ente gestor de las redes que garantice el acceso no discriminatorio a redes.
3. Obligó a la separación contable y funcional entre las actividades de suministro en el mercado liberalizado y no liberalizado, que en la práctica implica separar comercializadores y distribuidores. Por tanto, se pretende avanzar en la separación de las actividades de monopolio natural y las actividades potencialmente competitivas.
4. Marcó como objetivo prioritario fomentar la interconexión entre las redes de transmisión de los diferentes Estados miembros como condición necesaria de la propia existencia del mercado interior.

La tabla 9 recoge el grado de cumplimiento de la Directiva del mercado interior de la electricidad por los diferentes Estados miembros, teniendo en cuenta que su contenido debía ser incorporado por las correspondientes legislaciones nacionales antes de julio de 2004.

⁵ Son las Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE. Cabe señalar que las Directivas encomiendan a la Comisión Europea la publicación regular de informes anuales sobre el funcionamiento del mercado interior de la electricidad y el gas. Esto permite disponer de información actualizada sobre el grado de liberalización y niveles de competencia para todos los países de la UE.

TABLA 9

GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE EL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD

| País | Nivel declarado de apertura del mercado a 1 de enero de 2005 (%) | Separación operadores transporte | Separación operadores distribución | Grado de interconexión ⁽⁵⁾ (%) |
|--------------|--|----------------------------------|------------------------------------|---|
| Alemania | 100 | Jurídica | Jurídica ⁽¹⁾ | 11 |
| Austria | 100 | Jurídica | Jurídica | 24 |
| Bélgica | 90 | Jurídica | Jurídica | 29 |
| Dinamarca | 100 | Propiedad | Jurídica | 50 |
| España | 100 | Propiedad | Jurídica ⁽²⁾ | 4 |
| Finlandia | 100 | Propiedad | No separación ⁽³⁾ | 14 |
| Francia | 70 | Jurídica | Jurídica ⁽¹⁾ | 13 |
| Grecia | 62 | Jurídica | N.D. | N.D. |
| Irlanda | 56 | Jurídica | Contable | 6 |
| Italia | 79 | Propiedad | Jurídica ⁽⁴⁾ | 8 |
| Luxemburgo | 57 | Jurídica | N.D. | 90 |
| Países Bajos | 100 | Jurídica | Jurídica | 17 |
| Portugal | 100 | Jurídica | Contable | 8 |
| Reino Unido | 100 | Propiedad | Jurídica | 3 |
| Suecia | 100 | Propiedad | Jurídica | 29 |

⁽¹⁾ Separación contable y funcional. La separación jurídica está prevista en Julio de 2007.

⁽²⁾ Jurídica pero no funcional. El resto de países con separación jurídica, también separación funcional.

⁽³⁾ Contable y funcional en enero de 2007.

⁽⁴⁾ Separación contable, y jurídica para distribuidores con más de 300.000 clientes. No separación funcional.

⁽⁵⁾ Capacidad generación importada como porcentaje capacidad generación instalada.

Fuente: Comisión Europea (2005a, 2005b, 2006).

En la mayoría de países de la UE todos los consumidores tienen libertad de elección de suministrador. Las excepciones son Francia, Italia, Bélgica, Grecia, Irlanda y Luxemburgo, aunque la libertad de elección en estos países ya afecta también a una proporción muy significativa de los consumidores. Por otro lado, todos los países van más allá del requisito de separación contable y funcional respecto a los operadores de transporte. En efecto, la separación jurídica es general y en algunos casos, como

ocurre con España, se ha establecido la separación de la propiedad. Así, en España las empresas que operan en otras actividades de la cadena de valor del sector eléctrico pueden disponer de un máximo del 10 por 100 del capital de Red Eléctrica Española, que es la empresa propietaria de la mayoría de redes de alta tensión en España.

Respecto a la separación funcional de los distribuidores, todos los países excepto España, Finlandia e Italia cumplen el requisito. El incumplimiento de esta medida favorece el mantenimiento de la integración vertical entre empresas generadoras y empresas distribuidoras.

Finalmente, el grado de interconexión de las redes de transmisión entre los países de Europa continental es reducido, especialmente en España, Italia o Portugal. Éste es uno de los principales elementos que impide la puesta en marcha de un auténtico mercado interior de la energía en Europa.

En lo que sigue presentamos diferentes indicadores económicos que permiten analizar el estado de la competencia en cada Estado miembro.

La tabla 10 refleja el número de clientes industriales y de usuarios pequeños que han hecho uso efectivo de la libertad de elección de suministrador. En todos los países el porcentaje de pequeños clientes comerciales y domésticos que han cambiado de suministrador es muy pequeño, con la excepción del Reino Unido y los países nórdicos. Se observa un avance mayor en el caso de los grandes clientes industriales, donde los porcentajes superan el 50 por 100 en países como Dinamarca, Irlanda, Italia, Reino Unido o Suecia. España se encuentra entre los países con menor grado de apertura en este segmento del mercado.

La tabla 11 aporta información relevante sobre la estructura de mercado en las actividades potencialmente competitivas: generación y comercialización.

En términos generales, la concentración en los mercados de generación y de comercialización es muy elevada. En la comercialización existen muchos operadores independientes, pero la mayoría tienen una cuota de mercado muy reducida. Por tanto, puede argumentarse que después de la liberalización no se ha producido una entrada importante en el mercado eléctrico, y continúa existiendo una concentración, tanto horizontal como vertical, en todas las actividades.

De acuerdo a la información contenida en las tablas 10 y 11, podemos establecer una clasificación de los países analizados en tres grupos, en función del avance alcanzado en los niveles de liberalización y competencia:

Grado de competencia superior. Los mercados de la electricidad en Dinamarca, Finlandia, Italia, Reino Unido y Suecia se caracterizan por una elevada proporción de clientes que han cambiado de suministrador y una concentración moderada en las actividades potencialmente competitivas.

TABLA 10

INDICADORES DEL GRADO DE APERTURA DE LA OFERTA DE ELECTRICIDAD
EN EL AÑO 2005

| País | Grandes clientes industriales que cambian de proveedor (% solicitudes) | Pequeños clientes comerciales-domésticos de baja tensión (% solicitudes) |
|------------------------|--|--|
| Alemania | 41 | 5 |
| Austria | 29 | 4 |
| Bélgica ⁽¹⁾ | 20 | 10 |
| Dinamarca | >50 | 15 |
| España | 25 | 19 |
| Finlandia | >50 | 30 |
| Francia | 15 | 0 |
| Grecia | 2 | 0 |
| Irlanda | 56 | 9 |
| Italia | 60 | N.D. |
| Luxemburgo | 25 | 3 |
| Países Bajos | N.D. | 11 |
| Portugal | 16 | 16 |
| Reino Unido | >50 | 48 |
| Suecia | >50 | 29 |

⁽¹⁾ Los datos de Bélgica hacen referencia únicamente a la región de Flandes.

Fuente: Comisión Europea (2005a).

Grado de competencia inferior. Los mercados de la electricidad en Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal se caracterizan por una escasa proporción de clientes que han cambiado de suministrador y una concentración elevada en las actividades potencialmente competitivas.

En suma, España se encuentra entre el grupo de países en los que la liberalización ha generado menos dinamismo en los consumidores y es uno de los países en los que menos competencia efectiva se ha logrado. Tras la absorción de FECSA y Sevillana por Endesa, y la completa privatización posterior de Endesa en 1998, el sector no ha variado de forma significativa. Endesa e Iberdrola son las compañías con mayor volumen de negocio, y Unión Fenosa e Hidrocantábrico alcanzan cuotas de mercado por encima del 5 por 100. Estas cuatro compañías concentran la casi totalidad del negocio eléctrico, y en muchas ocasiones ostentan monopolios regionales.

TABLA 11

INDICADORES DE ESTRUCTURA DE MERCADO EN LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ELECTRICIDAD A FINALES DE 2004

| País | Indicadores de concentración en generación | | Indicadores de concentración en Comercialización | | |
|--------------|--|---------------------------------|--|---|--|
| | Número de compañías con cuota > 5 % | Cuota 3 mayores generadores (%) | Número de comerc. Independ. distribuidores | Cuota 3 mayores comerc. (Grandes clientes industriales) (%) | Cuota 3 mayores comerc. (Clientes Comerciales domésticos baja tensión) (%) |
| Alemania | 5 | 54 | 13 | 70 ⁽¹⁾ | 70 ⁽¹⁾ |
| Austria | 4 | 75 | 4 | 60 | 60 |
| Bélgica | 2 | 95 | 14/6 ⁽²⁾ | 100/92 ⁽²⁾ | 94/100 ⁽²⁾ |
| Dinamarca | 10 | 40 | 3 | 67 ⁽¹⁾ | 67 ⁽¹⁾ |
| España | 3 | 69 | 11 | 82 | 85 |
| Finlandia | 10 | 40 | <5 | 35-40 | 35-40 |
| Francia | 1 | 96 | 5 | 91 | 96 |
| Grecia | 1 | 97 | 10 | 97 | 100 |
| Irlanda | 2 | 93 | 7 | 99 | 99 |
| Italia | 5 | 65 | 119 | 33 | 93 |
| Luxemburgo | 1 | 88 | 4 | 94 | 95 |
| Países Bajos | 4 | 69 | 18 | 83 | 83 |
| Portugal | 3 | 76 | 4 | 98 | 98 |
| Reino Unido | 8 | 39 | 3 | 65 | 59 |
| Suecia | 10 | 40 | N.D. | 50 | 50 |

⁽¹⁾ Datos procedentes del informe de la Comisión Europea (2005b). En este informe, no se distingue entre diferentes segmentos de clientes.

⁽²⁾ Flandes/Valonia.

Fuente: Comisión Europea (2005a).

Si bien en los últimos años las empresas han mantenido su participación en el mercado estable, los movimientos corporativos han sido destacables. Desde 2000 se han sucedido operaciones frustradas de fusión (Endesa e Iberdrola en 2000) y adquisición hostil (OPA de Gas Natural sobre Iberdrola en 2003). En el momento de escribir este artículo se halla

en curso una oferta pública de adquisición de Gas Natural y de la eléctrica alemana EON sobre Endesa, cuyo resultado es aún incierto.

A la hora de analizar la evolución del mercado eléctrico español es importante comparar los precios en España con los de otros países europeos. La Comisión Nacional de Energía (CNE, 2005b) compara los precios de la energía y el gas natural en España respecto al resto de países de la UE en 2003. Tal y como muestra la tabla 12, los precios de la electricidad en España están en torno a la media europea en el consumo doméstico,

TABLA 12

COMPARACIÓN DE PRECIOS DE LA ELECTRICIDAD (SE EXCLUYEN IMPUESTOS)

| <i>País</i> | <i>Precios medios de consumidores domésticos (cent €/kWh). 2003</i> <i>Precio medio UE = 9,27 (%)</i> | <i>Tasa crecimiento precios consumidor tipo doméstico ⁽¹⁾ (1997-2004) (%)</i> | <i>Precios medios de consumidores industriales (cent €/kWh). 2003</i> <i>Precio medio UE = 5,82</i> | <i>Tasa crecimiento precios consumidor tipo industrial ⁽²⁾ (1997-2004) (%)</i> |
|--------------|--|--|--|---|
| Alemania | 13,40 | N.D. | 5,79 | N.D. |
| Austria | 9,23 | 0,1 | N.D. | -40,1 |
| Bélgica | N.D. | -13,7 | N.D. | -4,2 |
| Dinamarca | 8,83 | 34,2 | 7,15 | N.D. |
| España | 9,96 | -9,9 | 4,53 | -17,8 |
| Finlandia | 7,37 | 13,9 | 5,34 | 27,8 |
| Francia | 8,55 | -6,4 | 3,63 | -16,3 |
| Grecia | 7,86 | 11,8 | 4,93 | 21,1 |
| Irlanda | 11,39 | 42,4 | 8,32 | 22,7 |
| Italia | 12,00 | 54,3 | 10,00 | 15,4 |
| Luxemburgo | 11,91 | 3,2 | N.D. | -18,6 |
| Países Bajos | 9,54 | N.D. | N.D. | N.D. |
| Portugal | 13,16 | 4,5 | 7,34 | -6,8 |
| Reino Unido | 9,76 | -6,0 | 4,51 | N.D. |
| Suecia | N.D. | 33,1 | N.D. | 34,6 |

⁽¹⁾ Db: hasta 1.200 kWh.

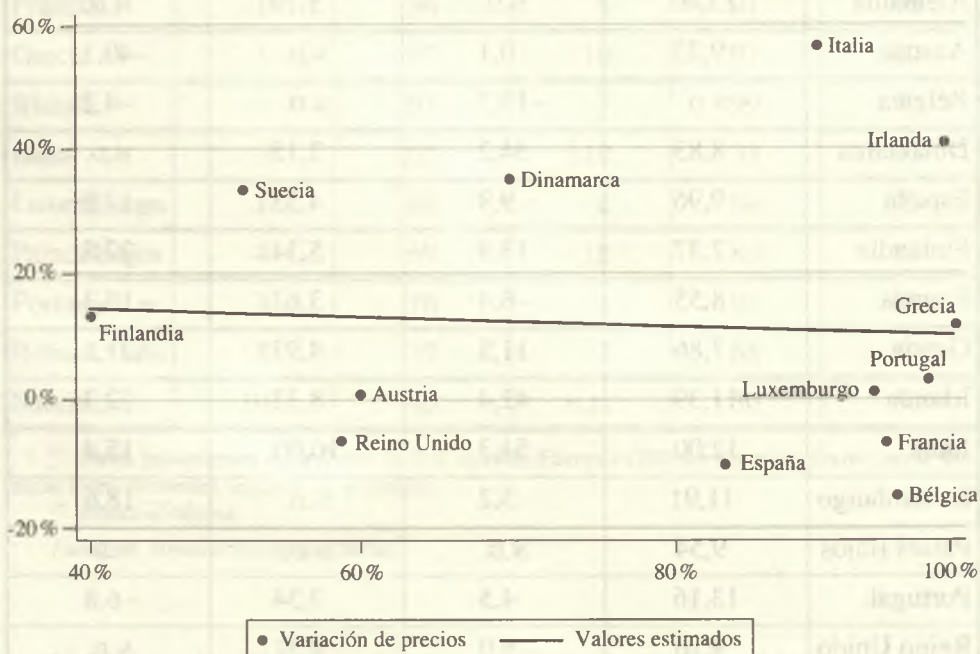
⁽²⁾ If (Pot. Cont 2.500 kW, Horas ut. 4.000).

Fuente: CNE (2005a).

mientras que se sitúan por debajo de la media en el consumo industrial. Países como Alemania, Portugal, Irlanda o Italia tienen unos precios muy por encima de los de España. Aún más destacable es la reducción de precios en el mercado eléctrico español entre 1997 y 2004, tanto para consumidores domésticos como industriales. Únicamente Bélgica presenta mayores reducciones de precios en el consumo doméstico, y únicamente Austria y Luxemburgo registran mayores reducciones de precios en el consumo industrial⁶.

En términos generales, los precios deberían mostrar mayor tendencia a la baja para el consumidor en aquellos países donde la entrada de nuevos consumidores sea mayor. Los gráficos 1 y 2 muestran la relación entre las tasas de crecimiento de precios en el período 1997-2004 y el nivel de concentración de la actividad industrial en la distribución mino-

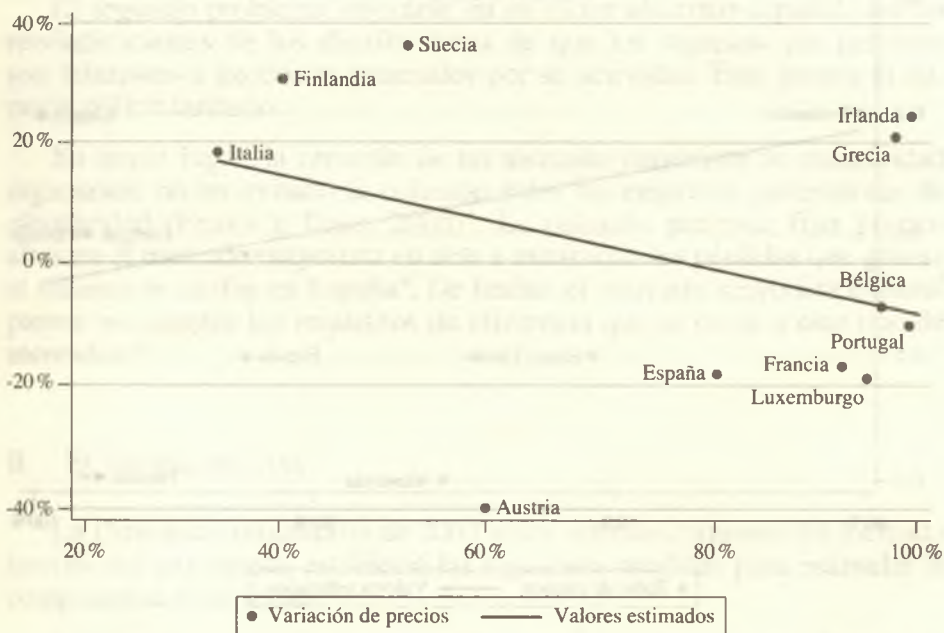
GRÁFICO 1
RELACIÓN ESTIMADA ENTRE LA VARIACIÓN DE PRECIOS
(EN PORCENTAJE EN EL EJE VERTICAL) Y LOS NIVELES DE CONCENTRACIÓN
EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA (CUOTA DE MERCADO
DE LOS TRES MAYORES COMERCIALIZADORES EN EL EJE HORIZONTAL).
CONSUMO DOMÉSTICO DE ELECTRICIDAD



⁶ Eurostat muestra los precios para un consumidor tipo en los veinticinco países de la Unión Europea, tanto para el consumo doméstico como industrial. Los diez países de nueva adhesión a la Unión Europea se han incorporado después de iniciarse la liberalización, pero sus precios son ligeramente inferiores a los precios del resto de países.

GRÁFICO 2

RELACIÓN ESTIMADA ENTRE LA VARIACIÓN DE PRECIOS
(EN PORCENTAJE EN EL EJE VERTICAL) Y LOS NIVELES DE CONCENTRACIÓN
EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA (CUOTA DE MERCADO
DE LOS TRES MAYORES COMERCIALIZADORES EN EL EJE HORIZONTAL).
CONSUMO INDUSTRIAL DE ELECTRICIDAD



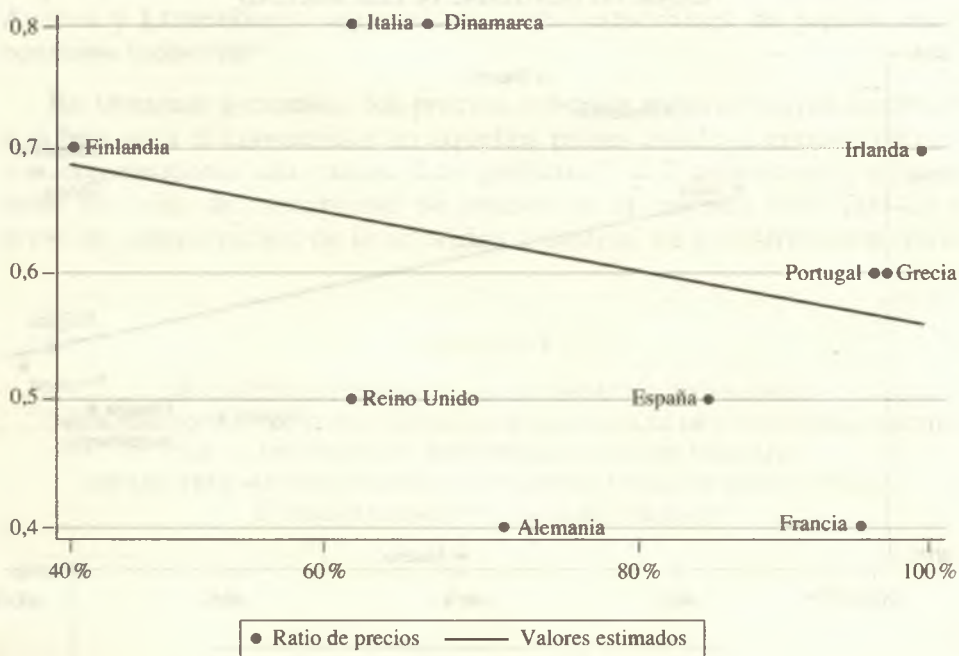
rista, tanto para el consumo doméstico como para el consumo industrial. Dicha relación hace referencia a la muestra de países europeos para los que hay información disponible. En principio, cuando menor sea la cuota de mercado acumulada de los tres mayores comercializadores se deberían esperar aumentos de precios más modestos o incluso reducciones.

El R^2 que aparece indicado en los gráficos 1 y 2 nos muestra qué porcentaje de la variación de precios es explicada por la concentración de la industria. En este sentido, se constata que el nivel de concentración explica menos del 10 por 100 de la variación de precios para la muestra de países europeos. Por tanto, la relación entre ambas variables es muy limitada. En efecto, países como España, Francia, Bélgica y Portugal registran sustanciales reducciones de precios o incrementos muy moderados, pese a que la concentración en la distribución final es muy elevada.

Por otro lado, la diferencia de precios en el consumo doméstico e industrial debería reducirse a medida que se reduce la concentración de la industria, o en otras palabras, cuando aumenta la intensidad de la competencia. En efecto, cuanto mayor sea la intensidad de la competencia

GRÁFICO 3

RELACIÓN ESTIMADA ENTRE LA RATIO DE PRECIOS MEDIOS EN EL CONSUMO INDUSTRIAL/DOMÉSTICO* (EN TANTO POR UNO EN EL EJE VERTICAL) Y LOS NIVELES DE COMPETENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA (CUOTA DE MERCADO DE LOS TRES MAYORES COMERCIALIZADORES EN EL EJE HORIZONTAL)



menor debería ser la posibilidad de aplicar subsidios cruzados entre diferentes tipos de consumidores. No obstante, el gráfico 3 revela que dicha asociación no parece darse en el sector eléctrico. En términos agregados, el R^2 muestra que el grado de concentración de la industria apenas incide sobre la magnitud de los subsidios cruzados.

En este punto, es necesario destacar que, a diferencia de otros sectores, en la energía la evolución de los precios no es un buen indicador del estado de la competencia. En efecto, hay que tener en cuenta que una proporción muy significativa de los consumidores sigue acudiendo a los mercados energéticos sujetos a tarifa regulada. Las reducciones de precios producidos en el mercado eléctrico español durante el período 1997-2004 básicamente al IPC previsto, que normalmente es inferior al IPC real. Además, dichas revisiones se efectúan con un objetivo explícito de control de la inflación⁷.

Por último, es importante destacar tres problemas de gran trascendencia en el mercado eléctrico español que todavía no se han podido resolver.

⁷ AROCENA *et al.* (2002) analizan las principales características de la regulación de precios en España.

En primer lugar, no se han establecido criterios objetivos para determinar el montante total y el período de duración de los llamados costes de transición a la competencia, que son las subvenciones que obtienen las empresas generadoras vía tarifa para afrontar el paso a un mercado liberalizado. En los últimos años, la reducción de estas ayudas ha influido de forma significativa en la reducción de los precios finales de la electricidad.

El segundo problema relevante en el sector eléctrico español son las reivindicaciones de los distribuidores de que los ingresos que perciben son inferiores a los costes generados por su actividad. Esto genera el llamado déficit tarifario.

En tercer lugar, la creación de un mercado mayorista de electricidad organizado no ha evitado la colusión entre las empresas generadoras de electricidad (FABRA Y TORO, 2005)⁸. La colusión pretende fijar precios altos en el mercado mayorista en aras a minimizar las pérdidas que genera el sistema de tarifas en España⁹. De hecho, el mercado mayorista español parece no cumplir los requisitos de eficiencia que se exige a este tipo de mercados¹⁰.

B. EL SECTOR DEL GAS

La Directiva comunitaria de 2003 sobre normas comunes del mercado interior del gas natural estableció las siguientes medidas para estimular la competencia en el sector:

1. Impuso unos plazos máximos para la apertura de los mercados. Se estableció el 1 de julio de 2004 para la libertad de elección de los grandes usuarios industriales y el 1 de julio de 2007 para todos los hogares.
2. Exigió la separación jurídica y funcional de los operadores de transporte y distribución del resto de operadores en otras actividades.
3. Creó dos formas alternativas para organizar el acceso a las redes. Un acceso negociado a la red o un procedimiento de acceso regulado. Al igual que en el caso del sector eléctrico, cada país debe designar un ente independiente gestor de redes.
4. Estableció como objetivo prioritario aumentar la seguridad del suministro. En la mayoría de Estados miembros una parte impor-

⁸ El mercado mayorista español fue creado por la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico.

⁹ Un análisis detallado de las implicaciones en términos de eficiencia y equidad del sistema tarifario español puede encontrarse en FERNÁNDEZ (2006).

¹⁰ HUNT (2002) señala que un mercado es eficiente cuando satisface los siguientes requisitos: 1) la liquidez (muchos compradores y vendedores tienen acceso e información sobre los precios del mercado); 2) la eficiencia (los movimientos de precios no son predecibles), y 3) la completitud (existen varios contratos a futuro e instrumentos de gestión del riesgo para cada producto). En Europa, los únicos países que cumplen estas condiciones son el Reino Unido y los países nórdicos.

tante del gas disponible es importante, y, por tanto, es importante garantizar su suministro.

La tabla 13 muestra el grado de cumplimiento de la Directiva comunitaria sobre el gas. Un primer aspecto destacable es que en un número importante de los países analizados todos los consumidores tienen libertad de elección de suministrador. Sólo Francia, Bélgica, Irlanda, Luxemburgo y Suecia se desvían de esta pauta.

Todos los países cumplen el requisito de separación contable y funcional respecto a los operadores de las redes de transporte, con la excepción de Italia. En España y en otro grupo de países además de esto también se exige la separación de la propiedad. En efecto, Enagás, el operador español de transporte del gas, es una empresa que cotiza en bolsa y sólo una

TABLA 13

GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA
SOBRE EL MERCADO INTERIOR DEL GAS

| <i>País</i> | <i>Nivel declarado de apertura del mercado a 1 de enero de 2005 (%)</i> | <i>Separación operadores transporte</i> | <i>Separación operadores distribución</i> | <i>Porcentaje del gas importado ⁽¹⁾</i> |
|--------------|---|---|---|--|
| Alemania | 100 | Jurídica | Jurídica ⁽²⁾ | 82 |
| Austria | 100 | Jurídica | Jurídica | 77 |
| Bélgica | 90 | Jurídica | Jurídica | 100 |
| Dinamarca | 100 | Propiedad | Jurídica | 7 |
| España | 100 | Propiedad | Jurídica ⁽¹⁾ | 99 |
| Francia | 70 | Jurídica | Jurídica | 97 |
| Irlanda | 86 | Funcional | Funcional | 84 |
| Italia | 100 | Jurídica ⁽¹⁾ | Jurídica ⁽¹⁾ | 82 |
| Luxemburgo | 72 | N.D. | N.D. | 100 |
| Países Bajos | 100 | Propiedad | Jurídica | 12 |
| Reino Unido | 100 | Propiedad | Jurídica | 8 |
| Suecia | 95 | Jurídica | Jurídica ⁽¹⁾ | 100 |

Nota: No hay datos disponibles para Finlandia, Grecia y Portugal.

⁽¹⁾ Jurídica pero no funcional. El resto de países con separación jurídica, también separación funcional.

⁽²⁾ Separación contable y funcional. La separación jurídica está prevista en julio de 2007.

Fuente: Comisión Europea (2005a, 2005b, 2006).

parte no significativa de sus acciones están bajo control de Gas Natural SDG, el operador que distribuye la mayor parte del gas disponible en España. De forma importante, España, Italia y Suecia son los únicos países que no cumplen el requisito de separación funcional de los distribuidores. Esta situación favorece la integración entre las empresas que controlan la adquisición del gas y las empresas que son propietarias de las redes de distribución.

Por último, es importante señalar que en la Unión Europea existe una gran dependencia de las importaciones, con la excepción de los países que tienen yacimientos en el mar del norte. En este sentido, la existencia de contratos a largo plazo entre importadores y productores de gas es uno de los elementos que dificulta en mayor medida el avance de la competencia en este sector.

A continuación, analizamos diferentes indicadores sobre el estado de la competencia en el sector del gas en los países de la Unión Europea.

TABLA 14

INDICADORES DEL GRADO DE APERTURA DE LA OFERTA DE GAS

| <i>País</i> | <i>Grandes clientes industriales que cambian de proveedor (% solicitudes)</i> | <i>Pequeños clientes comerciales-domésticos de baja tensión (% solicitudes)</i> |
|--------------|---|---|
| Alemania | 7 ⁽¹⁾ | 7 ⁽¹⁾ |
| Austria | 6 | 4 |
| Bélgica | 25 | 9 |
| Dinamarca | 30 | <2 |
| España | 60 | 2 |
| Francia | 14 | 0 |
| Irlanda | >50 | 0 |
| Italia | 23 | 1 |
| Luxemburgo | 2 | 0 |
| Países Bajos | 15 ⁽¹⁾ | 5 |
| Reino Unido | >85 | 47 |
| Suecia | N.D. | N.D. |

Nota: No hay datos disponibles para Finlandia, Grecia y Portugal.

⁽¹⁾ Datos procedentes del informe de la Comisión Europea (2005b). En este informe, no se distingue entre diferentes segmentos de clientes.

Fuente: Comisión Europea (2005a).

TABLA 15

INDICADORES DE LA ESTRUCTURA DE MERCADO EN LAS ACTIVIDADES DE PRODUCCIÓN-IMPORTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAS A FINALES DE 2004

| País | Indicadores de concentración en producción/importación | | Indicadores de concentración en Comercialización | | |
|--------------|--|--|--|---|--|
| | Núm. comerc. Independientes distribuidores | Cuota 3 empresas con mayor volumen de gas disponible (%) | Núm. comerc. Independientes distribuidores | Cuota 3 mayores comerc. (Grandes clientes industriales) (%) | Cuota 3 mayores comerc. (Clientes comerciales-domésticos baja tensión) (%) |
| Alemania | 10 | 80 | 9 | 10 ⁽¹⁾ | 10 ⁽¹⁾ |
| Austria | 4 | 80 | 6 | 90 ⁽¹⁾ | 90 ⁽¹⁾ |
| Bélgica | 2 | 100 | 12/8 | 100/90 | 99/100 |
| Dinamarca | 2 | 97 | 2 | 92 | 100 |
| España | 4 | 73 | 4 | 72 | 90 |
| Francia | 2 | 98 | 8 | 91 ⁽¹⁾ | 91 ⁽¹⁾ |
| Luxemburgo | 1 | N.D. | 1 | 95 | 93 |
| Irlanda | 5 | 84 | 8 | 100 | 100 |
| Italia | 3 | 62 | 110 | 54 | 33 |
| Países Bajos | 1 | 85 | 5 | N.D. | 83 |
| Reino Unido | 7 | 36 | 8 | 53 | 77 |
| Suecia | 5 | 78 | N.D. | 79 ⁽¹⁾ | 79 ⁽¹⁾ |

Nota: No hay datos disponibles para Finlandia, Grecia y Portugal.

⁽¹⁾ Datos procedentes del informe de la Comisión Europea (2005b). En este informe, no se distingue entre diferentes segmentos de clientes.

⁽²⁾ Flandes/Valonia.

Fuente: Comisión Europea (2005b).

Aunque los datos disponibles son muy incompletos, la tabla 14 muestra que el porcentaje de usuarios que ha hecho uso efectivo de su libertad de elección es generalmente bajo en todos los países, con la única excepción del mercado de clientes industriales en España, Reino Unido e Irlanda.

La tabla 15 aporta información relevante sobre la estructura de mercado en las actividades de obtención del gas, ya sea mediante producción o importación, y en las actividades de comercialización. Se constata una

elevada concentración en las actividades de adquisición y comercialización en todos los países. El único país con una concentración moderada en la actividad de adquisición es el Reino Unido, mientras que los únicos países que muestran una concentración moderada en comercialización son Alemania e Italia. Esta situación refleja el dominio aún ejercido por las empresas distribuidoras en toda la cadena de valor del suministro de gas. Así pues, podemos clasificar a los países analizados en tres grupos en función del avance alcanzado en los niveles de liberalización y competencia, con ayuda de la información contenida en las tablas 14 y 15.

Grado de competencia superior. Los mercados del gas natural en el Reino Unido y España se caracterizan por una elevada proporción de clientes que han cambiado de suministrador y una concentración relativamente moderada en las actividades de adquisición de gas, aunque este último aspecto se cumple en menor medida en España.

Grado de competencia intermedio o mixto. El mercado del gas en Alemania e Italia muestra una proporción relativamente reducida de clientes que han cambiado de suministrador pero, a su vez, una concentración en adquisición y, especialmente, en comercialización relativamente moderada. Por el contrario, el mercado de Irlanda se caracteriza por una elevada proporción de clientes industriales que han cambiado de suministrador, pero una concentración elevada en las actividades de adquisición y comercialización.

Grado de competencia inferior. Los mercados del gas natural en Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia se caracterizan por una escasa proporción de clientes que han cambiado de suministrador y una concentración elevada en las actividades potencialmente competitivas.

En el conjunto de la Unión Europea, España es uno de los países que más han avanzado en términos del grado de liberalización y competencia efectiva en el mercado de gas natural. La llegada de nuevas empresas al mercado se explica principalmente por las mejoras acaecidas en la adquisición de gas natural, actividad que supone el principal cuello de botella para el desarrollo de la competencia. En este sentido, el reparto a diferentes empresas, mediante subasta competitiva, de un 25 por 100 del gas procedente de Argelia hasta el 1 de enero de 2004 constituyó un factor importante para dinamizar del sector. Por otra parte, desde el 1 de enero de 2003 ninguna empresa puede importar gas natural para su consumo en España en una cuantía superior al 70 por 100 del consumo nacional.

A pesar de esta situación favorable, cabe destacar algunos problemas en el funcionamiento del mercado español. En primer lugar, existe un claro dominio de Gas Natural SDG en toda la cadena de valor del gas, a pesar de las medidas pro-competitivas mencionadas. Y, en segundo lugar, hasta el momento no se ha cumplido la Directiva comunitaria sobre separación funcional entre distribución y el resto de actividades.

Finalmente, la tabla 16 compara la evolución de los precios del gas en los países europeos. Puede observarse que únicamente España, Finlandia, Irlanda y Portugal tienen unos precios muy por encima de la media europea en el consumo doméstico. Por otro lado, en España los precios en el consumo industrial se encuentran ligeramente por encima de la media europea. No obstante, España está entre los países europeos que han experimentado unos incrementos más moderados de precios durante el período 1997-2004.

TABLA 16
COMPARACIÓN DE PRECIOS DEL GAS (SE EXCLUYEN IMPUESTOS)

| <i>País</i> | <i>Precios medios de consumidores domésticos (cent€/kWh). 2003 Precio medio UE = 2,54</i> | <i>Tasa crecimiento precios consumidor tipo doméstico⁽¹⁾ (1998-2004) (%)</i> | <i>Precios medios de consumidores industriales (cent€/kWh). 2003 Precio medio UE = 1,46</i> | <i>Tasa crecimiento precios consumidor tipo industrial⁽²⁾ (1997-2004) (%)</i> |
|--------------|---|---|---|--|
| Alemania | N.D. | 27,4 | N.D. | 26,0 |
| Austria | 2,29 | 81,0 | N.D. | N.D. |
| Bélgica | N.D. | 16,0 | N.D. | 24,1 |
| Dinamarca | 2,62 | - 38,0 | N.D. | N.D. |
| España | 3,97 | 7,4 | 1,58 | 14,1 |
| Finlandia | 1,26 | N.D. | 0,94 | 41,6 |
| Francia | 2,84 | 13,2 | 1,46 | 57,9 |
| Grecia | 2,62 | N.D. | 1,60 | N.D. |
| Irlanda | 3,19 | 6,6 | 1,67 | N.D. |
| Italia | N.D. | 16,4 | N.D. | N.D. |
| Luxemburgo | 2,14 | 7,1 | N.D. | 16,6 |
| Países Bajos | 2,45 | N.D. | 1,34 | N.D. |
| Portugal | 5,94 | N.D. | 2,26 | - 4,7 |
| Reino Unido | 2,14 | N.D. | 0,95 | 44,1 |
| Suecia | N.D. | 31,7 | N.D. | N.D. |

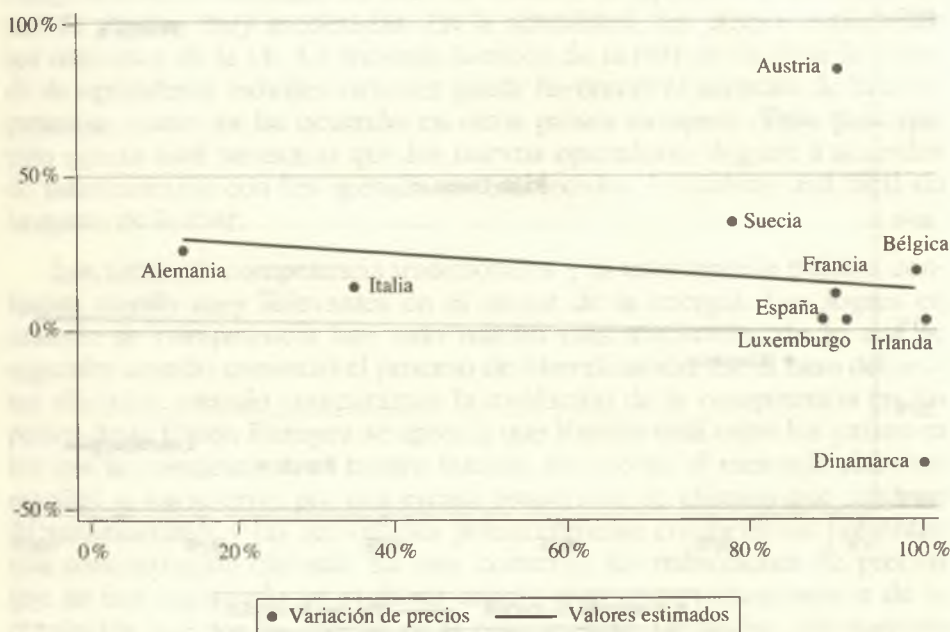
⁽¹⁾ D1: 2.326 kWh.

⁽²⁾ I3-2 (11,63 GWh, modulación 250 días 4.000 horas).

Fuente: CNE (2005a).

GRÁFICO 4

RELACIÓN ESTIMADA ENTRE LA VARIACIÓN DE PRECIOS (EN PORCENTAJE EN EL EJE VERTICAL) Y LOS NIVELES DE CONCENTRACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA (CUOTA DE MERCADO DE LOS TRES MAYORES COMERCIALIZADORES EN EL EJE HORIZONTAL). CONSUMO DOMÉSTICO DE GAS

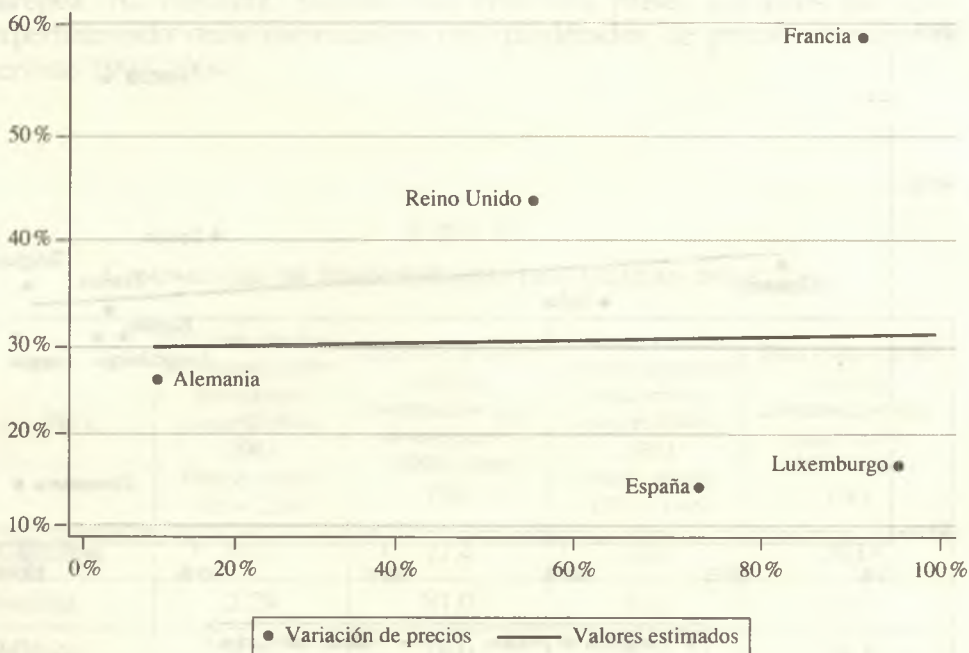


Finalmente, los gráficos 4 y 5 muestran la relación entre las tasas de crecimiento de precios en el período 1997-2004 y la cuota de mercado de los tres mayores comercializadores, tanto para el consumo doméstico como para el consumo industrial de gas natural¹¹. Al igual que en el caso de la electricidad, la relación entre variación de precios e intensidad de la competencia es muy limitada. El valor reducido del R^2 implica que la intensidad de la competencia explica una parte muy limitada de la variación de precios en el gas, de forma que otros factores deben explicar gran parte de dicha variación. De hecho, la evolución de los precios del gas está muy ligada a la evolución de los precios del petróleo, cuya dinámica está fuera del alcance de los respectivos operadores y reguladores de los países europeos. Además, al igual que en el caso de la electricidad, la tarifa puede venir fijada por motivos políticos que no necesariamente tienen relación con el desarrollo de la competencia en el sector.

¹¹ La relación entre el ratio de precios en el consumo doméstico e industrial y la intensidad de la competencia sólo está disponible para cuatro países. Ello no nos permite representar un gráfico que refleje esta relación con un cierto grado de generalidad.

GRÁFICO 5

RELACION ESTIMADA ENTRE LA VARIACIÓN DE PRECIOS (EN PORCENTAJE EN EL EJE VERTICAL) Y LOS NIVELES DE COMPETENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA (CUOTA DE MERCADO DE LOS TRES MAYORES COMERCIALIZADORES EN EL EJE HORIZONTAL). CONSUMO INDUSTRIAL DE GAS



4. CONCLUSION

La liberalización de los sectores de servicios públicos de red ha originado un aumento de la competencia, aunque el avance de la misma ha sido muy desigual según sectores y también según segmentos de negocio dentro de cada sector.

En el sector de la telefonía se ha registrado una reducción apreciable de los precios y un aumento en la variedad de servicios, aunque los resultados divergen si se distingue entre telefonía fija y telefonía móvil. España es el país del sur de Europa en el que la competencia ha registrado un mayor avance en la telefonía fija, aunque el progreso es inferior al obtenido en los países escandinavos y otros comparables. En el conjunto de la UE, la posición de España es intermedia. La regulación continúa siendo un factor importante para el funcionamiento de la competencia en España. Por una parte, existe una fuerte tendencia a la concentración del mercado. Por otra, muy pocos operadores disponen de infraestructuras propias para competir con Telefónica.

En el ámbito de la telefonía móvil, la competencia en España ha avanzado mucho menos que en otros países de características comparables. La presencia de tres operadores en el mercado —Movistar, Vodafone y Amena— indujo la idea de que la telefonía móvil no precisaba intervención regulatoria. Pero, en ausencia de una política activa de fomento de la competencia, el resultado ha sido de escasez de opciones y de reducciones de precios muy moderadas. En la actualidad, los precios están entre los más altos de la UE. La reciente decisión de la CMT de facilitar la entrada de operadores móviles virtuales puede favorecer el aumento de la competencia, como ya ha ocurrido en otros países europeos. Pero para que esto ocurra será necesario que los nuevos operadores lleguen a acuerdos de interconexión con los operadores establecidos, lo cual no será fácil sin la ayuda de la CMT.

Los fallos de competencia tradicionales y la intervención pública continúan siendo muy relevantes en el sector de la energía. Los logros en materia de competencia han sido mucho más moderados de lo que se esperaba cuando comenzó el proceso de liberalización. En el caso del sector eléctrico, cuando comparamos la evolución de la competencia en los países de la Unión Europea se aprecia que España está entre los países en los que la competencia es menos intensa. En efecto, el mercado eléctrico español se caracteriza por una escasa proporción de clientes que cambian de suministrador y las actividades potencialmente competitivas presentan una concentración elevada. En este contexto, las reducciones de precios que se han registrado se explican mucho más como consecuencia de la regulación que por los efectos de la competencia. De hecho, son mayoría los consumidores que se acogen a la tarifa regulada en lugar de ir al mercado, y esta tendencia ha crecido en los últimos tiempos.

En el caso del gas, España es uno de los países de la UE en que se introducido más competencia. Los principales factores que han ayudado al progreso de la liberalización han sido los cambios legislativos que determinaron el reparto de una parte del gas importado de Argelia y fijaron límites a las cuotas de importación. No obstante, el hecho de que exista una posición de dominio de una sola empresa hace difícil que la propia dinámica del mercado se traduzca en avances adicionales de la competencia.

En resumen, el balance del progreso de la competencia en los servicios públicos de red en España presenta disparidades entre sectores. Con respecto al conjunto de la UE, el progreso ha sido modesto en sectores como la telefonía móvil y la electricidad. Incluso cuando el avance ha sido más claro, como en la telefonía fija y el gas, la situación de la competencia es muy frágil dadas las tendencias a la concentración y la existencia de empresas con posición dominante. Por ello, la existencia de políticas activas de defensa y fomento de la competencia es crucial para que ésta sea efectiva en aquellos sectores en los que su potencial es importante.

BIBLIOGRAFÍA

- ALABAU, A. (1998), *La Unión Europea y su política de telecomunicaciones. En el camino hacia la sociedad de la información*, Fundación Airtel Móvil.
- (2001), *La Unión Europea y su política para la sociedad de la información. En el umbral de una nueva gobernanza europea*, Fundación Airtel-Vodafone.
- AROCENA, P.; CONTÍN, I., y Huerta, E. (2002), «Price Regulation in the Spanish Energy Sectors: Who Benefits?», *Energy Policy*, 30 (10), pp. 885-895.
- Bel, G., y TRILLAS, F. (2005), «Privatization, Corporate Control and Regulatory Reform: The Case of Telefónica», *Telecommunications Policy*, 29 (1), pp. 25-51.
- CALZADA, J., y COSTAS, A. (2005), «The Liberalization of the Telecommunications in Spain: A National Interest for the Reform» (mimeo).
- CMT (2005), *Informe Annual*, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.
- CNE (2005a), *Comparación europea de precios de electricidad y gas natural*, Comisión Nacional de Energía.
- (2005b), *Información básica de los sectores de la energía*, Comisión Nacional de Energía.
- COMISIÓN EUROPEA (2005a), *Informe sobre el progreso en la creación del mercado interior del gas y la electricidad*, COM (2005) 568 final, SEC (2005) 1448, Comisión Europea.
- (2005b), *Informe anual sobre la puesta en marcha del mercado interior del gas y de la electricidad*, COM (2004) 863, Comisión Europea.
- (2006a), *European Electronic Communications Regulation and Markets 2005 (11th Report)*, Communication from the Commission, COM (2006) 68 final, SEC (2006) 193.
- (2006b), *Unbundling of electricity and gas transmission and distribution system operators*, Comisión Europea.
- EUROSTAT (2006), *Statistics in focus: electricity prices for households and industry on 1st July 2005*, Eurostat.
- FUNDACIÓN AUNA (2005), *España. Informe anual sobre el desarrollo de la Sociedad de la Información en España*, Fundación Auna.
- FABRA, N., y TORO, J. (2005), «Colusión: Price Wars and Collusion in the Spanish Electricity Market», *International Journal of Industrial Organization*, 23 (3-4), pp. 155-181.
- FERNÁNDEZ, L. (2006), «Pricing household electricity demand in Spain: Equity and efficiency?», artículo presentado en el I Workshop on Energy Economics and Technology, Dresden.
- HUNT, S. (2002), *Making competition work in electricity*, John Wiley & Sons.
- JORDANA, J., y SANCHO, D. (1999), *Políticas de telecomunicaciones en España*, Tecnos.
- NORIEGA, R., y ARIÑO, G. (2004), «Liberalización y competencia en el sector de las telecomunicaciones: balance 1998-2003», en Gaspar ARIÑO (dir.), *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados*, t. I, *El Proceso privatizador. Aspectos jurídicos. Liberalización de las telecomunicaciones*, Fundación de Estudios de la Regulación-Comares.

«UNEVEN PLAYING FIELD» EN LAS INDUSTRIAS DEL GAS Y DE LA ELECTRICIDAD EN EUROPA

Fernando JIMÉNEZ LATORRE *

Director Asociado
NERA Economic Consulting

1. INTRODUCCIÓN

La libertad de movimiento de capitales es un elemento esencial de la economía mercado que introduce una disciplina adicional a la que produce la competencia entre operadores en los mercados de bienes y servicios. Así, las empresas que no consiguen gestionar con la máxima eficiencia sus recursos son adquiridas por nuevos gestores, que esperan obtener un mayor valor de los activos adquiridos.

Los mercados de capitales introducen una especie de selección darwiniana de las empresas más eficientes, que son las que crecen y se desarrollan adquiriendo a las menos eficientes. Por tanto, la libertad de movimiento de capitales no es un fin en sí mismo, sino un instrumento esencial para conseguir una asignación eficiente de los recursos.

Esta función de los mercados de capitales no necesariamente se cumple si las empresas no crecen en igualdad de condiciones. En este caso, puede suceder que no sean las mejor gestionadas y las más innovadoras las que adquieran una mayor presencia en el mercado, sino aquellas que disfrutan de unas ventajas especiales, por ejemplo, a través de determinadas formas de protección estatal. En otras palabras, al igual que sucede con los mercados de bienes y servicios, para que el mercado de capitales consiga la mencionada disciplina es necesario que se dé lo que la Comisión Europea ha denominado en varias ocasiones como «*level playing field*», o igualdad de condiciones en el contexto en el que se enfrentan las empresas.

Este artículo analiza en qué medida existe o no un «*level playing field*» en los mercados energéticos europeos, en particular, en los merca-

* Quisiera agradecer a Óscar Arnedillo, director en NERA, la elaboración de buena parte del punto 3 en las cuestiones relacionadas con la comparativa en el diseño y regulación de los mercados eléctricos en la UE-15.

dos de electricidad y gas. Este asunto ha adquirido plena vigencia tras la apertura y liberalización de los mercados de la electricidad y del gas en Europa, que han dado lugar a importantes procesos de concentración. Estos procesos parecen haber adquirido un especial impulso en los últimos años con las crecientes sinergias entre los sectores del gas y de la electricidad, que son el origen de una nueva ola de concentraciones entre empresas energéticas. Actualmente, con la operación E.ON/Endesa y la puja entre GDF y ENEL ELECTRABEL podría iniciarse una nueva fase de consolidación en estas industrias, caracterizada por la fusión entre incumbentes de distintos Estados miembros.

Estos movimientos corporativos han de analizarse con la perspectiva de la plena realización del mercado único europeo, dado que ese horizonte es el que está marcando las estrategias de las empresas. Así, si los movimientos corporativos en estas industrias no se producen en igualdad de condiciones, los efectos deseados de la libertad de movimiento de capitales no se alcanzarán y el futuro mercado interior de la energía nacerá con una estructura inadecuada.

En este artículo se defiende la tesis de que las empresas europeas de gas y de electricidad no están en igualdad de condiciones para crecer y posicionarse para el futuro mercado único de la energía. A continuación se analizan los distintos aspectos institucionales y regulatorios que condicionan el desarrollo de las empresas europeas y su enorme heterogeneidad dentro de la UE. Se presta atención a los efectos de la propiedad pública y de las diferencias regulatorias, de diseño de mercados, de ritmos de liberalización, de barreras de entrada o de protección de los operadores nacionales sobre el «*level playing field*» en el posicionamiento de las empresas en el mercado europeo. Se trata, por tanto, de comprobar si determinadas empresas disfrutaban de algún tipo de protección o trato favorable en sus países de origen que les otorgue alguna ventaja para la expansión en terceros mercados. Las diferencias entre los casos de Alemania y España se utilizan con frecuencia como ejemplo concreto de la diversidad de situaciones en los Estados miembros de la UE.

2. CONTROL PÚBLICO-CONTROL PRIVADO

Uno de los aspectos institucionales característicos de los sectores energéticos en la UE es la fuerte presencia del Estado en las distintas fases de la cadena de valor del gas y de la electricidad, de forma que en la mayoría de los Estados miembros las principales empresas energéticas siguen estando bajo el control público.

A. PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN LAS PRINCIPALES COMPAÑÍAS ENERGÉTICAS

Para analizar la importancia del control público en las empresas energéticas europeas se ha partido de la identificación de los principales operadores y la participación pública en su capital. El *ranking* de empresas obtenido se muestra en las dos tablas siguientes, referidas a los sectores de la electricidad y del gas.

TABLA 1

PRINCIPALES COMPAÑÍAS ELÉCTRICAS DE LA UE-25,
EN TÉRMINOS DE ELECTRICIDAD GENERADA

| <i>Ranking</i> | <i>Compañía</i> | <i>Participación pública</i> ⁽¹⁾ (%) | <i>GWh</i> ⁽²⁾ |
|----------------|-----------------|---|---------------------------|
| 1 | EDF | 70,0 | 591,132 |
| 2 | RWE | 31,0 | 240,757 |
| 3 | E.ON | 2,5 | 165,098 |
| 4 | Vattenfall | 100,0 | 164,900 |
| 5 | ENEL | 31,1 | 148,875 |

⁽¹⁾ En mayo de 2006.

⁽²⁾ Datos de 2004. Las cifras de las compañías incluyen las correspondientes a las filiales en las que ostentan una participación igual o superior al 20%.

Fuente: Informes de las compañías y del sector.

TABLA 2

PRINCIPALES COMPAÑÍAS DE GAS DE LA UE-25,
EN TÉRMINOS DE GAS VENDIDO A CLIENTES FINALES

| <i>Ranking</i> | <i>Compañía</i> | <i>Participación pública</i> ⁽¹⁾ (%) | <i>GWh</i> ⁽²⁾ |
|----------------|-----------------|---|---------------------------|
| 1 | GDF | 80,0 | 451,186 |
| 2 | E.ON Ruhrgas | 2,5 | 333,452 |
| 3 | ENI | 30,3 | 414,842 |
| 4 | Centrica | 0,0 | 362,080 |
| 5 | RWE | 31,0 | 274,100 |

⁽¹⁾ En mayo de 2006.

⁽²⁾ Datos de 2004. Las cifras de las compañías incluyen las correspondientes a las filiales en las que ostentan una participación igual o superior al 20%.

Fuente: Informes de las compañías y del sector.

Se observa que entre las cinco principales compañías de electricidad y las cinco mayores empresas de gas sólo en una de ellas (Centrica) no existe participación pública. En las empresas restantes, con excepción del grupo E.ON, la participación pública supera el 30 por 100.

B. INFLUENCIA PÚBLICA EN LA GESTIÓN

La identificación del control público de una empresa no es una cuestión trivial. En el análisis de competencia, el punto de partida suele ser la capacidad de influencia significativa en la gestión de la empresa, y la participación en el capital es un buen indicador de dicha capacidad de influencia. Normalmente se considera que, en grandes empresas en las que el capital se encuentra muy diluido, una participación igual o superior del 20 por 100 otorga capacidad para nombrar a más de la mitad de los miembros de los órganos de administración y, por tanto, es suficiente para controlar la empresa.

La influencia en la gestión de las compañías no se determina, sin embargo, exclusivamente a través de la presencia en el capital. En ocasiones, la influencia del Estado en la toma de decisiones de las compañías es muy superior a la que corresponde a su mera cuota en el capital. Tal es el caso, por ejemplo, de las dos mayores compañías alemanas, E.ON y RWE. En el caso de RWE, los ayuntamientos tienen una participación del 31 por 100 en el capital y controlan el 32,9 por 100 de los derechos de voto¹.

Además, incluso con porcentajes sensiblemente inferiores al 20 por 100, el Estado puede tener una influencia decisiva en la gestión de las empresas en la medida en la que disponga de derechos políticos especiales, como la capacidad de vetar determinadas decisiones de particular trascendencia.

En las tablas presentadas anteriormente se aprecia que las cinco mayores compañías eléctricas y las cuatro principales compañías de gas de la UE-25 tienen participación pública en distintos grados. En ellas el accionista principal que las controla es el Estado o alguna institución pública, excepto en el caso de E.ON.

No obstante, en E.ON el Estado dispone de dos vías para influir en determinadas decisiones. Por una parte, en lo que se refiere a los activos de gas, tiene la capacidad de, atendiendo a consideraciones de política energética, vetar las enajenaciones que decida la empresa. El Estado adquirió este derecho cuando autorizó la operación de concentración con Ruhrgas en el año 2002.

Por otra parte, el Estado tiene representación en el Comité de Vigilancia, siendo ésta una peculiaridad del Derecho societario alemán. Este

¹ Ver RWE, *Facts & Figures 2005*, p. 257.

Comité tiene capacidad de vetar las decisiones estratégicas del Consejo de Administración y de la Junta General, entre otras la transmisión del control de la sociedad. No obstante, dicho Comité está formado, además, por representantes de los trabajadores y de los empresarios, de forma que no se puede afirmar que esté controlado por el Gobierno.

C. IMPLICACIONES DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA

Las consecuencias de esta fuerte participación pública sobre el «*level playing field*» son importantes, ya que el control de los operadores públicos plantea una serie de problemas que describimos a continuación.

a) *El conflicto del regulador*

Se puede constatar que en los Estados miembros en los que se ha mantenido la propiedad pública de las empresas la regulación ha sido más benévola con el incumbente, produciéndose lo que la OCDE ha denominado el «conflicto del regulador». Este conflicto básicamente consiste en que al coincidir la iniciativa normativa y la propiedad, el marco legal es más favorable al incumbente.

Dados los costes de la recaudación (económicos y políticos) y las crecientes obligaciones de gasto de los Gobiernos, la gestión directa de empresas públicas constituye una atractiva alternativa a los ingresos fiscales. Todo hace pensar que el contribuyente es menos sensible al pago de una energía a precio de monopolio que a los impuestos. Es por eso que, teniendo la iniciativa legislativa, los gobiernos accionistas de incumbentes han sido más sensibles a los efectos de la regulación sobre los resultados de las empresas estableciendo un marco normativo que les ha sido más propicio.

Como prueba que ratifica esta tesis del conflicto del regulador, se observa que en aquellos Estados miembros en los que se ha mantenido la propiedad pública del incumbente, éste ha mantenido las cuotas de mercado más elevadas. La tabla 3 contiene las cuotas de mercado de las mayores compañías eléctricas de cada país de la UE-15, de acuerdo con la información suministrada por la Comisión Europea en su investigación del sector de la energía² y en su informe sobre la realización del mercado único europeo del gas y de la electricidad³.

² Comisión Europea, *Energy Sector Inquiry: Preliminary Report*, Annexes, pp. 200-202 (disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/pr_annexes.pdf).

³ Comisión Europea, *Annual Report on the Implementation of the Gas and Electricity Internal Market*, de 5 de enero de 2005, Technical Annexes, p. 20 (disponible en http://ec.europa.eu/energy/electricity/benchmarking/doc/4/sec_2004_1720_en.pdf).

TABLA 3

CUOTAS DE MERCADO DE LAS PRINCIPALES COMPAÑÍAS PRODUCTORAS DE ELECTRICIDAD EN SUS RESPECTIVOS MERCADOS NACIONALES, AÑO 2004

| <i>País</i> | <i>Principal operador</i> | <i>Control</i> | <i>Cuota de mercado generación (%)</i> |
|-----------------|---------------------------|----------------|--|
| Grecia | DEI | Público | 100 |
| Francia | Electricité de France | Público | 75 |
| Irlanda | Electricity Supply Board | Público | N.D. |
| Dinamarca Este | E2 | Público | 76 |
| Bélgica | Electrabel | Privado | 82 |
| Portugal | Energias de Portugal | Público | N.D. |
| Dinamarca Oeste | Elsam | Público | 61 |
| Italia | ENEL | Público | 44 |
| Austria | Verbund | Público | 46 |
| Suecia | Vattenfall | Público | 47 |
| Finlandia | Fortum | Público | 34 |
| España | Endesa | Privado | 48 |
| Holanda | Electrabel | Privado | 27 |
| Alemania | RWE | Público | 28 |
| Reino Unido | British Energy | Privado | 20 |

Fuente: Comisión Europea, *Energy Sector Inquiry: Preliminary Report, Annexes*, pp. 200-202 (disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/pr_annexes.pdf); y Comisión Europea, *Annual Report on the Implementation of the Gas and Electricity Internal Market*, del 5 de enero de 2005, *Technical Annexes*, p. 20 (disponible en http://ec.europa.eu/energy/electricity/benchmarking/doc/4/sec_2004_1720_en.pdf).

Puede apreciarse que todas las compañías eléctricas líderes en sus respectivos países que ostentan una cuota de mercado superior al 40 por 100 son de propiedad pública⁴. Además, se constata que los únicos países en los que el primer operador no es público son Holanda, España y Bélgica⁵.

⁴ La cifra de la cuota de mercado del primer operador eléctrico español que proporciona la Comisión Europea parece estar un tanto sobrevalorada. De acuerdo con el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, Endesa tiene una cuota del 39,6 por 100 en términos de ventas en el mercado mayorista en 2004.

⁵ No se ha incluido British Energy por los derechos especiales que el Gobierno británico tiene sobre la empresa.

TABLA 4

CUOTAS DE MERCADO DE LAS PRINCIPALES COMPAÑÍAS DE GAS EN SUS RESPECTIVOS MERCADOS NACIONALES, EN PRODUCCIÓN E IMPORTACIÓN DE GAS

| <i>País</i> | <i>Principal operador</i> | <i>Control</i> | <i>Cuota de mercado (%)</i> |
|-------------|---------------------------|------------------------|-----------------------------|
| Suecia | Nova Naturgas | Público ⁽¹⁾ | 97 |
| Bélgica | Distrigaz | Privado | 92 |
| Francia | GDF | Público | 91 |
| Austria | OMV | Público | > 90 |
| Dinamarca | DONG | Público | 80-85 |
| Italia | ENI | Público | 68 |
| Holanda | Gasunie | Público | 60 |
| Alemania | Ruhrgas | Privado ⁽²⁾ | 50 |
| Irlanda | Bord Gáis Éireann | Público | 40 |
| España | Gas Natural | Privado ⁽²⁾ | 40 |
| Reino Unido | Centrica | Privado | 25 |

⁽¹⁾ El principal accionista es una compañía pública extranjera, la noruega Statoil, junto con E.ON Ruhrgas, una compañía en la que instituciones públicas tienen un gran poder de influencia.

⁽²⁾ El principal accionista es E.ON, una compañía en la que instituciones públicas tienen un gran poder de influencia.

⁽³⁾ Control conjunto entre Repsol YPF y La Caixa.

Fuente: Comisión Europea, *Annual Report on the Implementation of the Gas and Electricity Internal Market*, del 5 de enero de 2005, *Technical Annexes*, p. 33 (disponible en http://ec.europa.eu/energy/electricity/benchmarking/doc/4/sec_2004_1720_en.pdf).

La tabla 4 contiene la misma información relativa al abastecimiento de gas, tanto de producción nacional como importado. De nuevo se aprecia que las compañías públicas son las que ostentan una cuota de mercado superior, siendo únicamente los casos de Reino Unido, España, Bélgica y Alemania en los que la principal empresa es privada.

b) *Garantías públicas*

En teoría, las empresas públicas, al igual que las privadas, están sujetas al control de ayudas públicas que realiza la Comisión Europea. No obstante, en esencia, la Comisión se centra en la persecución de aquellas ayudas que se realizan mediante transferencias presupuestarias o garantías públicas. Sin embargo, aunque no exista una garantía pública formal,

TABLA 5

RATINGS FINANCIEROS DE EMPRESAS ENERGÉTICAS PÚBLICAS
Y GOBIERNOS DE SUS RESPECTIVOS PAÍSES

| | EDF | ENEL | EDP | Estado Francés | Estado Italiano | Estado Portugués |
|-------------|------|------|-----|----------------|-----------------|------------------|
| Largo plazo | AA- | A+ | A | AAA | AAA | AA- |
| Corto plazo | A-1+ | A-1 | A-1 | A-1+ | A-1+ | A-1+ |

Fuente: Standard & Poor's.

los mercados de capitales perciben cierto respaldo a las empresas públicas y no parecen creerse que los Estados no vayan a ayudar a sus operadores en caso de necesidad.

Así, los *ratings* financieros de estas empresas se asemejan en gran medida a los de los Tesoros Públicos de sus respectivos países. Como puede observarse en la tabla 5, en el corto plazo, el *rating* de EDF coincide con el del Tesoro Público francés y en el largo plazo se desvían muy poco. En el resto de los casos los *ratings* son muy próximos, apreciándose una correlación positiva entre éstos y los de los gobiernos de los países a los que pertenecen.

Por tanto, dada la importancia del coste de la financiación externa en la actividad energética, el control público otorga a las empresas correspondientes una ventaja relevante, pudiendo constituir una explicación adicional de por qué crecen más las empresas públicas.

c) Ausencia de control del mercado de capitales

La disciplina del mercado de capitales se produce cuando una empresa puede ser comprada, de forma amistosa u hostil, por otra compañía o grupo inversor. Aquí se observa una clara asimetría entre la situación de las empresas en función de si su propiedad es pública o privada. Mientras que las empresas públicas pueden adquirir empresas privadas de otros Estados miembros, ellas no pueden ser adquiridas por otras empresas.

Así, si lo que preocupa son las limitaciones que se ponen a los movimientos de capitales, y dado que algunas empresas están protegidas de la disciplina que supone la posibilidad de ser adquirida, cabe decir que la propiedad pública tiene un efecto equivalente al de la mayor de las posibles restricciones que se adopten en los Estados miembros donde las empresas son privadas. Esta cuestión está íntimamente relacionada con el debate de las *golden shares*, a las que han recurrido todos los Estados miembros que han privatizado sus empresas energéticas y sobre las que la jurisprudencia ha adoptado una posición restrictiva.

En la medida en la que en este artículo se trata de identificar la desigual situación en la que se encuentran las empresas en su redimensionamiento y en su posicionamiento para el futuro mercado europeo, se constata que las empresas privadas y las públicas se encuentran en una clara situación de asimetría al no estar sujetas las últimas a la disciplina de los mercados de capitales. Resulta, por tanto, que las empresas públicas son las más claras candidatas a ganar la competición por el mercado europeo.

d) *Instrumentos adicionales de acceso a terceros mercados*

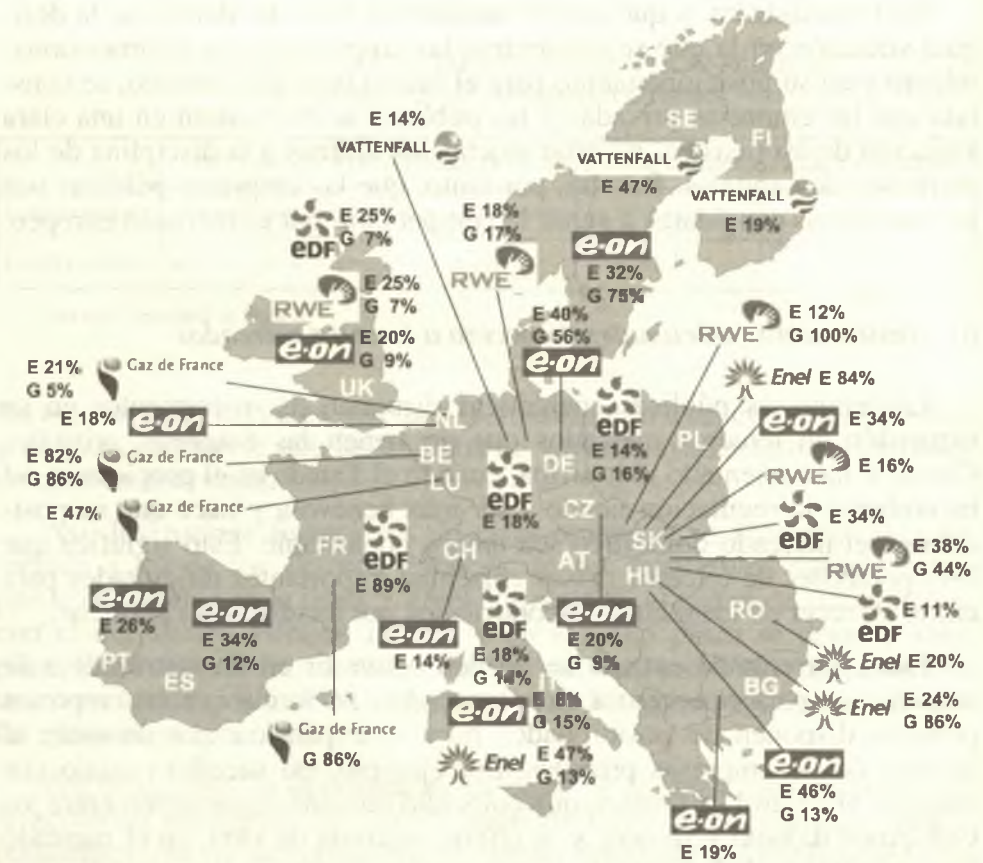
Las empresas públicas energéticas disponen de instrumentos en su expansión en terceros mercados que no tienen las empresas privadas. Como se ha comentado más arriba, cuando el Estado es el propietario del incumbente la regulación tiende a ser más benévola y hace que su posición en el mercado doméstico sea menos contestable. Esto significa que los operadores de terceros países enfrentan importantes dificultades para entrar y crecer en los mercados controlados por incumbentes públicos.

Estas barreras de entrada se pueden convertir en un instrumento de negociación para el acceso a otros mercados, de forma que las empresas públicas disponen de posibilidades para su expansión que no están al alcance de las empresas privadas. Por ejemplo, así sucedió cuando EDF adquirió el control de EDISON, que coincidió con una negociación entre los Gobiernos italiano y francés y la ulterior entrada de ENEL en el mercado francés a través de la venta de ciertos activos de EDF en Francia a la compañía italiana. Más recientemente, se han observado movimientos del Gobierno Italiano frente al francés para que ENEL sea el adquirente de los eventuales activos que tendrá que vender GDF en Bélgica para hacerse con el control de SUEZ.

e) *Expansión en terceros países*

El Tratado de la Unión Europea no dice nada sobre la propiedad pública o privada de las empresas, tan sólo se dice que deben estar sujetas al control de las ayudas públicas de igual manera a como lo están las empresas privadas. Además, la jurisprudencia no ha admitido la reciprocidad como un criterio para limitar los movimientos de capitales. De forma que éstas tienen legitimidad legal para crecer en terceros países.

En este artículo no se entra en las posibles explicaciones de la fuerte y atípica participación pública en estas industrias. Simplemente, se constata que buena parte de estas empresas se están expandiendo en terceros mercados, adquiriendo así mayor presencia paneuropea. En la figura 1 se representan las cuotas de mercado de estas empresas en distintos mercados



E: Electricidad. G: Gas natural. Debido a la existencia de distintos mercados de producto dentro del sector eléctrico (generación, distribución, comercialización a clientes cualificados), en algunos casos las cuotas de mercado de las distintas compañías en un mismo país no están referidas al mismo mercado de producto.

E.ON incluye Endesa; ENEL incluye Electrabel.

Fuente: Informes diversos del sector y de compañías, decisiones de la Comisión Europea.

nacionales de la electricidad y del gas en Europa. La presencia de E.ON en España, así como la de GDF en Bélgica, es la que se produciría si las operaciones propuestas por E.ON y GDF llegan finalmente a materializarse.

Este crecimiento de las empresas se explica, en parte, por cómo el control público facilita el desarrollo de estas empresas, tal y como se ha visto en este punto. Así, determinadas empresas energéticas han podido desarrollar sus estrategias de expansión en terceros mercados y, al hacerlo, con ventaja sobre otras no es el mercado el que va seleccionando a los mejores, sino la intervención pública.

3. REGULACIÓN Y DISEÑO DE LOS MERCADOS ELÉCTRICOS

Los mercados eléctricos nacionales en la UE-15 se caracterizan por la heterogeneidad de sus estructuras y regulaciones, así como por las distintas reglas de funcionamiento de sus mercados. A continuación se comienza explicando cómo afectan estos aspectos al contexto competitivo al que se enfrentan las empresas. Posteriormente, se identifica la situación en cada uno de los Estados miembros. Finalmente, se hacen algunas valoraciones sobre la situación relativa del contexto competitivo, prestando especial atención a dos casos extremos, el español y el alemán. Previamente, se hace una descripción del estado de transposición de las Directivas comunitarias como otro indicador más de la diversidad de contextos regulatorios y, en consecuencia, de competencia en la UE.

El análisis refleja cómo las diferencias regulatorias y de diseño de los mercados generan distintos contextos competitivos y diversos niveles de protección de las empresas incumbentes nacionales, lo que normalmente produciría diferencias en los márgenes comerciales y en las posibilidades de financiación del crecimiento en terceros mercados.

A. ASIMETRÍAS EN TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS

Las Directivas comunitarias han permitido que distintos países acabasen adoptando distintos enfoques y calendarios en los procesos de liberalización, apertura e incremento de la competencia en las industrias de la electricidad y del gas. Esto se debe, por una parte, a que las Directivas se limitan a señalar mínimos, por lo que los Estados miembros han tenido la posibilidad de ir más allá de lo que las propias Directivas imponían. Algunos han hecho uso de dicha posibilidad y han liderado los procesos de liberalización y apertura, destacando la situación del Reino Unido. Otros ni siquiera han cumplido la transposición de las Directivas en el plazo estipulado, produciéndose unas asimetrías importantes en los procesos de liberalización y apertura de los distintos países.

La situación es bastante dispar, como ha puesto de manifiesto recientemente la Comisión Europea, que ha expresado su preocupación por el escaso grado de apertura que muestran los mercados de la electricidad y del gas en numerosos Estados miembros. Dicha preocupación no se limita a aspectos estructurales de los mercados, cuyos problemas fueron desarrollados con detalle en la investigación sectorial realizada recientemente por la Comisión⁶. Además, existen problemas que afectan a la regulación y dificultan la contestabilidad de los mercados nacionales de electricidad y gas.

⁶ Comisión Europea, *Energy Sector Inquiry*, febrero de 2006 (disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy).

Así, la Comisión ha enviado escritos de requerimiento a diecisiete Estados miembros, a los que ha abierto los respectivos procedimientos de infracción por no trasponer las Directivas del gas y de la electricidad. Los diecisiete Estados miembros aperecidos son Austria, Bélgica, República Checa, Alemania, Estonia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Letonia, Polonia, Suecia, Eslovaquia y Reino Unido, mientras que aún se está examinando la conformidad de las legislaciones de Portugal y Hungría⁷.

De acuerdo con la Comisión, la no transposición o la transposición incorrecta de las Directivas comunitarias dificulta la apertura de los mercados energéticos a la competencia. Además, la existencia de «*diferencias de criterio entre los Estados miembros [...] impide la emergencia de un auténtico mercado europeo gobernado por la competencia*».

Este hecho muestra el reconocimiento por parte de la Comisión de que los Estados miembros de la UE han optado por imponer unas normas regulatorias que impiden el desarrollo de la competencia, así como la nueva entrada de empresas procedentes del exterior. En particular, la Comisión ha identificado los siguientes problemas como barreras a la entrada y obstáculos para la competencia:

- Persistencia de precios regulados, que bloquean la nueva entrada de empresas en los mercados nacionales.
- Falta de separación jurídica y de gestión suficientes entre los gestores de las redes de transporte y distribución, lo cual impide garantizar su independencia.
- Discriminación en el acceso de terceros a la red e insuficiente transparencia de tarifas.
- Insuficiente posibilidad de elección de proveedor por parte del consumidor.
- Existencia de contratos históricos que dan acceso preferencial a unas compañías sobre otras.
- Ausencia de notificación de las obligaciones de servicio público e indicación insuficiente del origen de la electricidad.

Insuficientes competencias otorgadas a los reguladores, en especial en la fijación de tarifas de acceso a las redes. Esta observación de la Comisión es muy relevante y está en la línea con lo que apuntaba en la investigación sectorial presentada en febrero de 2006: «*Parece que en numerosos Estados miembros, el poder de los reguladores nacionales debería incrementarse en diversas áreas*»⁸.

⁷ Ver nota de prensa de la Comisión Europea, *La Comisión actúa contra los Estados que no han abierto debidamente sus mercados de energía*, IP/06/430, de 4 de abril de 2006 (disponible en <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/430&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>).

⁸ Comisión Europea, *Energy Sector Inquiry*, febrero de 2006, *Executive Summary* (disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/execsum.pdf). Traducción propia.

Por tanto, se observa que la propia Comisión Europea denuncia que los retrasos en la transposición de las Directivas comunitarias (no es lo que se dice), así como las diferencias regulatorias en los Estados miembros, se están configurando como barreras de entrada en diversos grados y, de alguna forma, como protección de los operadores nacionales.

B. ESTRUCTURA, REGULACIÓN Y DISEÑO DE LOS MERCADOS

Paralelamente, la estructura, la regulación y el diseño de los mercados eléctricos son muy variados en los distintos Estados miembros de la UE, ocultándose en estas diferencias elementos que pueden constituir barreras de entrada o mecanismos de protección de los operadores nacionales frente a potenciales competidores extranjeros, así como elementos favorecedores de la expansión de las compañías nacionales en otros países más abiertos a la competencia.

A continuación, se realiza una comparativa de la estructura, organización y diseño de los mercados eléctricos de los distintos Estados miembros de la UE. En la medida en la que los mercados siguen siendo de dimensión nacional, se comienza identificando en qué medida estos factores afectan al contexto competitivo dentro de cada Estado miembro y a la entrada de nuevos competidores, o cómo favorecen la posición de las empresas incumbentes y su proyección hacia otros países. Se ha seleccionado una serie de aspectos de la regulación que tienen una fuerte incidencia sobre el contexto competitivo de los mercados.

a) *Estructura de los distintos mercados*

El análisis de la estructura de los mercados suele ser lo primero que estudian las autoridades de competencia para valorar la existencia o no de problemas de competencia. Es decir, la existencia o no de posiciones de dominio individuales o colectivas, y los riesgos de que se abuse de dichas posiciones.

Para identificar el grado de concentración relativa se ha utilizado la clasificación que hace la Comisión Europea⁹. La Comisión diferencia entre mercados muy altamente concentrados, con un índice Herfindahl-Hirschman (HHI) superior a 5.000 puntos; altamente concentrados, los que tienen un HHI entre 1.800 y 5.000 puntos; y moderadamente concentrados, los que tienen un índice entre 750 y 1.800 puntos.

Se ha modificado el índice que la Comisión asigna a España, dado que con el cambio normativo de 2004¹⁰ se ha producido una transforma-

⁹ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Report on progress in creating the internal gas and electricity market*, COM (2005), p. 20.

¹⁰ Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la

ción relevante en el mercado español. Concretamente, la generación de energía en régimen especial ha pasado a venderse mayoritariamente en el *pool*. Teniendo en cuenta la situación del mercado tras dicho cambio, y midiendo las cuotas de mercado en términos de energía vendida en el *pool*, por considerar que es la medida más correcta de la presencia efectiva de un operador en el mercado, el HHI en España, según estos cálculos, se situó en 2005 en torno a los 1.700 puntos.

En la segunda columna de la tabla 6 se indica el grado de concentración en cada uno de los Estados de la UE-15, observándose que en la mayoría el índice supera los 1.800 puntos (concentración alta o muy alta).

En todo caso, el análisis estructural no puede ser concluyente. Puede suceder que la regulación y el diseño de los mercados impidan el comportamiento independiente de las empresas, de forma que no pueda concluirse que existan posiciones de dominio pese a las elevadas cuotas de mercado de algunos operadores. Por tanto, procede analizar, a continuación, cómo afectan la regulación y los diseños de los mercados a los posibles comportamientos estratégicos de las empresas.

b) *Mecanismo de fijación de precios*

En un mercado en el que los precios se forman en el cruce de la oferta y la demanda (es decir, con criterios marginalistas) y donde no existe poder de mercado, la estrategia maximizadora de beneficios para un generador competitivo consiste en ofertar su coste variable¹¹. De este modo, si el operador resulta programado recuperará por lo menos sus costes variables y, si no resulta programado, al menos no incurrirá en pérdidas. Ofertar por encima del coste variable le supone arriesgarse a no resultar programado cuando ello le hubiera resultado rentable, mientras que ofertar por debajo le supone arriesgarse a resultar programado cuando ello le produce pérdidas.

En un mercado marginalista es fácil juzgar si las ofertas que hacen los generadores son competitivas o no, ya que la referencia competitiva indica sin lugar a dudas que dichas ofertas deben simplemente ser iguales a los costes esperados de funcionamiento (incluyendo coste de oportunidad). Así, sus costes variables representan el estándar objetivo contra el que el regulador puede juzgar la conducta del generador¹².

actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 75, 27 de marzo de 2004).

¹¹ En este contexto, un generador competitivo es uno que no tiene expectativas de poder influir en el precio del mercado de forma significativa o que no tiene una elevada cantidad de generación inframarginal que se pueda ver beneficiada por el incremento en el precio del mercado.

¹² Sin embargo, aún quedan ocasiones de difícil detección, como es el tema de «retirada económica» de capacidad si el mercado es voluntario. La retirada de capacidad ocurre cuando una cen-

Por lo tanto, en los mercados marginalistas, las estrategias orientadas a influir en el resultado del mercado son fácilmente detectables por el regulador o la autoridad de competencia, ya que se evidencian inconsistencias temporales en las ofertas de una central o diferencias anómalas entre ofertas de grupos de misma tecnología pero de diferentes propietarios (por ejemplo, entre las ofertas de un generador dominante y otro competitivo). El hecho de que la oferta óptima se corresponda con los costes variables de generación de la propia central aporta una mayor información sobre la disponibilidad de las centrales y las ofertas del resto de generadores, y hace que el nivel de la demanda no suponga una ventaja para los generadores con grandes parques de generación (o verticalmente integrados con una elevada cuota de demanda) con respecto a los generadores con pocas centrales.

Por el contrario, si el mercado es de tipo «*pay-as-bid*», en el cual el generador recibe como remuneración el precio de su oferta, las ofertas óptimas de los generadores competitivos no guardan relación con sus propios costes variables. En estos mercados las ofertas de los generadores competitivos reflejan la expectativa del precio de equilibrio que «despeja» el mercado («*clears the market*»), incluso cuando dicho precio está distorsionado por el abuso de poder de mercado de generadores dominantes. Esta ausencia de un estándar de referencia propio para las ofertas hace que sea más compleja la labor de detección de prácticas anticompetitivas en un mercado bilateral. En un mercado bilateral no es posible detectar quién es el agente responsable de que se haya incrementado el precio, ya que todos los agentes pueden declarar haber ofertado al precio de mercado esperado.

Por ello, dada la mayor facilidad de detección de estrategias anticompetitivas en mercados marginalistas, y la imposibilidad de excluir a competidores, es previsible que estos mercados tiendan a generar resultados más próximos a los competitivos que los mercados de tipo bilateral.

Asimismo, y ante el debate conceptual, cabe apoyarse en las conclusiones de la economía experimental. Por ejemplo, el Premio Nóbel de economía Vernon Smith ha encontrado que *pay-as-bid* lleva a precios más estables, pero también más altos^{13, 14}.

tral que podría haber generado a los precios de mercado (porque sus costes eran inferiores al precio de mercado) no lo hace. Esta retirada puede ser explícita (retirada física de la capacidad) o implícita (ofertando a niveles de precios muy elevados). Las ofertas a niveles muy elevados son fáciles de detectar en mercados marginalistas, mientras que la retirada física es más fácil de detectar cuando existe una obligación de ofertar la capacidad al mercado mayorista.

¹³ S. RASSENTI, V. SMITH y B. WILSON, *Discriminatory Price Auctions in Electricity Markets: Low Volatility at the Expense of High Price Levels*, Department of Economics, University of Arizona, 2001.

¹⁴ La ambigüedad sobre el impacto de la regla de *pay-as-bid* llevó a los expertos nombrados para analizar el mercado californiano a concluir: «*We are somewhat skeptical also of the claims that pay-as-bid pricing will diminish the ability of the parties to collude tacitly to increase prices. A bidding process that is repeated daily is precisely the kind of game that lends itself to such collusion;*

En esta situación se puede concluir que resulta más probable que los generadores se comporten de forma competitiva en un mercado marginalista que en uno bilateral, sin que esta característica por sí sola sea determinante.

c) *Obligación de participación*

El hecho de que un mercado sea centralizado y de participación obligatoria tenderá a hacer que la forma en que asigna los recursos se aproxime a la solución competitiva¹⁵. En primer lugar, asegura la liquidez del mercado, donde los generadores competitivos pueden vender su energía sin que se les pueda discriminar y los nuevos comercializadores pueden obtener energía también sin discriminación.

En segundo lugar, la existencia de un mercado centralizado y de participación obligatoria hace que toda la energía sea programada a través de ese mercado, que las ofertas sean comparables y que todas puedan ser sujetas a la supervisión del regulador. Si, por ejemplo, existieran varios mercados, las diferencias en las reglas obstaculizarían la comparación entre ofertas. Asimismo, al existir un único mercado centralizado no existe posibilidad de arbitraje entre uno y otro que dificulte el seguimiento de conductas anticompetitivas.

Finalmente, que el mercado sea de participación obligatoria hace que sea fácil detectar estrategias de retirada de capacidad, por lo que se desincentiva esa forma de abuso.

d) *Incentivo explícito a la capacidad de generación*

En ocasiones, las preocupaciones sobre el poder de mercado en los sistemas eléctricos se centran en las horas de mayor demanda porque es en esas horas donde se piensa que los precios pueden subir drásticamente con pequeños cambios en las ofertas o la disponibilidad de los generadores, convirtiéndose los generadores más grandes en productores pivotaes.

*changing the pricing rule would not alter that. Indeed, recent experiments conducted at Cornell University, University of Arizona and CalTech all suggest that experimental subjects learn how to collude tacitly under either pricing rule» (A. KAHN, P. CRAMPTON, R. PORTER y R. TABORS, «Pricing in California Power Exchange Electricity Market: Should California switch from uniform pricing to pay-as-bid pricing?», *Blue Ribbon Panel Report*, p. 11). El *Panel* concluyó que usar *pay-as-bid* generaría ineficiencias en el despacho, reducción de competencia en generación y dificultaría la expansión de la capacidad.*

¹⁵ La palabra centralizado no es quizá la más apropiada, ya que todos los mercados eléctricos necesitan de coordinación centralizada, pero ha sido utilizado en la literatura en el contexto del debate «centralizado vs. descentralizado» para referirse a despacho obligatorio o despacho voluntario. Ver R. WILSON, «Architecture of Power Markets», *Econometrica*, vol. 70, núm. 4, 2002, pp. 1299-1340.

Es decir, que su producción resulta indispensable para atender la demanda. Este poder de generador pivotal sería tanto mayor cuanto más estrecho fuera el margen de reserva con el que opera el sistema.

La existencia de incentivos a la construcción y permanencia de centrales de generación (tales como el denominado «pago por garantía de potencia» en España o las obligaciones de capacidad en los mercados del este de los Estados Unidos) busca asegurar que la potencia instalada se sitúe por encima de la demanda máxima y exista siempre un margen de reserva. La existencia de dicho margen de reserva reduce también la posibilidad de que los generadores sean pivotaes. De este modo, cuanto mayor sea el margen de reserva (facilitado por el pago explícito de capacidad), mayor será el tamaño necesario para poder constituirse en generador pivotal y mayor la probabilidad de que el resultado del mercado se acerque al competitivo.

Por todo ello, la existencia de incentivos a la construcción y permanencia de centrales de generación reduce los incentivos al abuso de poder de mercado.

e) *Mecanismos de asignación de las interconexiones*

Las importaciones a través de la interconexión permiten ejercer presión competitiva sobre las ofertas de los incumbentes siempre y cuando el acceso de los generadores al otro lado de la interconexión se realice de una manera abierta y transparente. Si el acceso a la interconexión se encuentra cerrado, por ejemplo, por la existencia de contratos de largo plazo, o si la asignación de la interconexión se realiza mediante reglas administrativas, la presión competitiva de las importaciones no será efectiva. Las importaciones tampoco ejercerán presión competitiva si los cargos por el uso de la capacidad de interconexión hacen que dicho uso no resulte rentable.

La asignación competitiva de capacidad de generación a agentes sin posición de dominio en el mercado nacional asegura que los agentes tradicionales no podrán bloquear la entrada de energía procedente de sistemas interconectados. No obstante, el mismo efecto puede conseguirse mediante otros sistemas tales como la adopción de principios de tipo «úselo o piérdalo». En efecto, para que la importación ejerza presión competitiva no es preciso que ésta sea utilizada por agentes pequeños, sino que efectivamente se produzca la importación cuando importar es eficiente, es decir, cuando hay ganancias de comercio o, si no hay un mercado, cuando la interconexión se utiliza para enviar energía de un punto barato a un punto caro.

Por ello, los mecanismos de asignación de la interconexión internacional determinarán hasta qué punto la capacidad de interconexión existente

ejerce o no presión competitiva sobre el comportamiento de los agentes dominantes y los precios del mercado.

f) *Separación generación/transporte*

Las autoridades han mostrado en numerosas ocasiones su preocupación por la posibilidad de que la integración vertical entre la generación y el transporte (incluyendo la operación del sistema) pueda llegar a permitir al agente integrado discriminar en perjuicio de los nuevos entrantes, erigiendo de este modo barreras a la entrada. En particular, las autoridades temen que las decisiones «estratégicas» del transportista puedan estar relacionadas con la conexión, desarrollo, operación y mantenimiento de las redes, creando problemas (por ejemplo, restricciones) o demorando la solución de los problemas que puedan surgir y que afecten a los generadores independientes. Por tanto, a mayor nivel de separación entre el transporte y el resto de las actividades, mayor grado de contestabilidad en el mercado.

g) *Regulación sobre el uso de las redes*

El acceso y cargos por uso de las redes determinan la posibilidad y viabilidad económica de que la energía de competidores independientes circule y desplace la energía de los agentes tradicionales. Si los requisitos para el acceso a las redes permiten la discriminación entre generadores, podrían surgir barreras a la entrada y abusos de poder de mercado.

Para que la competencia en el mercado mayorista beneficie a los consumidores finales debe existir libre acceso a las redes de transporte y distribución con tarifas idénticas para todos los agentes (incluido el incumbente).

Por el contrario, el acceso a las redes puede erigirse en una barrera a la entrada cuando:

- existe discrecionalidad por parte de los agentes tradicionales en la determinación de los cargos correspondientes, y
- la determinación de los cargos se produce de forma *ex-post*, ya que tiende a suponer una mayor fuente de incertidumbre para los nuevos entrantes.

Por lo tanto, los países donde la competencia será más intensa serán aquellos donde el acceso sea universal y las tarifas sean determinadas *ex-ante* por un regulador independiente.

RESUMEN DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS ORGANIZATIVAS DE LOS SISTEMAS ELÉCTRICOS CONSIDERADOS

TABLA 6

| <i>País</i> | <i>Grado de concentración (un)</i> | <i>Mercado Marginalista/Bilateral</i> | <i>Mercado obligatorio/voluntario</i> | <i>Asignación interconexión</i> | <i>Separación Generación/Transporte</i> | <i>Regulación de redes</i> |
|-------------|------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------|---|----------------------------|
| Alemania | Alta | B | V | SB, PLS, PR y RE | Legal | negociada ^m |
| Francia | Muy alta | B | V | SB, PLS, PR y RE | Legal (Estado) | ex ante |
| Italia | Alta | B-M (2004) | O (2004) | SB, PLS, PR y RE | Propiedad | ex ante |
| Reino Unido | Moderada | B | V | SB | Propiedad | ex ante |
| España | Moderada | M | O | PLS, PR y SB | Propiedad | ex ante |
| Suecia | Moderada | M/B | V | A: PLS y SB; MS | Legal (Estado) | ex post |
| Holanda | Moderada | M/B | V | SB | Propiedad | ex ante |
| Finlandia | Moderada | M/B | V | MS | Legal (Estado) | ex post |
| Bélgica | Muy alta | B | V (2005) | F: PLS; H: SB | Legal | ex ante |
| Austria | Moderada | B | V | SB, PLS, PR y RE | Legal | ex ante |
| Grecia | Muy alta | B | N.D. | I: SB, RE y PR | Legal (Estado) | ex ante |
| Portugal | Muy alta | B | O (2006) | E: PR y SB | Legal | ex ante |
| Dinamarca | Moderada | M/B | V | A: SB; MS | Propiedad | ex post |
| Irlanda | Muy alta | B | O (2006) | RU: SB | Legal (Estado) | ex ante |
| Luxemburgo | | B | N.D. | N.D. | Legal | ex ante |

PLS: Primero en Llegar, Primero en ser Servido (*first come, first served*); PR: Prorrateo; SB: Subasta; MS: *Market split*; RE: Retención y contratos a largo plazo. Legal (Estado) significa que el estado posee el operador del sistema de transporte y participa en una o más compañías distribuidoras. La escala de grises reflejada en las celdas busca representar el impacto de las diferentes características como sigue: Blanco = pro-competitivo; Gris claro = Intermedio; Gris oscuro = Anti-competitivo.

* *Ex post* desde 2005.

h) *Resultados de la comparación*

Los resultados de la comparación de la estructura y diseño de los mercados europeos se resumen en la tabla 6. Cada celda tiene asignada un tipo de sombreado en función de si las distintas características de cada mercado favorecen o no que el mercado sea competitivo (blanco: pro-competitivo; gris claro: intermedio; gris oscuro: anticompetitivo).

Las principales conclusiones que se extraen de este análisis son las siguientes. Por una parte, existen una serie de aspectos de los diseños de los mercados eléctricos que tienen una clara incidencia sobre las condiciones competitivas de los mercados, la protección de los operadores nacionales frente a la competencia exterior y las posibilidades de obtener ingresos extraordinarios.

Básicamente, se trata del carácter marginalista en la fijación de precios, la obligatoriedad de participación en el mercado y la separación de propiedad del transportista respecto de las actividades de generación, que facilitan la rivalidad entre los operadores nacionales y su exposición frente a potenciales entrantes. Adicionalmente, los pagos a la capacidad de generación incentivan la existencia de un margen de reserva y limitan la posibilidad de subir artificialmente los precios en horas punta. Por último, el hecho de que la asignación de la interconexión se haga por subasta y se excluya de la misma a los operadores considerados como dominantes acentúa el carácter pro-competitivo del mercado.

Por otra parte, existe una enorme diversidad dentro de la UE-15 sobre la concreción de cada uno de estos aspectos en los mercados eléctricos nacionales, de forma que las empresas nacionales se han enfrentado a unos contextos competitivos muy distintos y previsiblemente han operado con unos márgenes también distintos.

Adicionalmente, el diseño del mercado español destaca entre los más competitivos de la UE-15.

- En este sentido, cabe señalar que en la Europa occidental (Europa de los 15), sólo España tiene un mercado predominantemente marginalista. Otros mercados en la muestra tienen también características marginalistas (Finlandia y Suecia), pero el volumen de energía negociado bajo este sistema de formación de precios es reducido. Los demás mercados europeos son fundamentalmente bilaterales (donde los precios se forman mediante *pay-as-bid*). No obstante, el Real Decreto-ley 3/2006 supone un paso atrás en el reconocimiento del mercado en la resolución de los problemas económicos en este sector.
- El mercado eléctrico español se distingue también en este sentido por ser un mercado de participación obligatoria¹⁶. De entre los paí-

¹⁶ Aunque las reglas del mercado eléctrico permiten la contratación bilateral física, más de un

ses de la Europa occidental, actualmente Italia es el único país, junto con España, en el que la participación en el mercado es obligatoria para los generadores.

- La asignación de la conexión internacional con Francia y Marruecos en España está sujeta a un esquema de «primer llegado, primer servido» que puede favorecer a los agentes tradicionales. Sin embargo, también aplica el prorrateo y las subastas con Francia y Portugal, por lo que el esquema de «primer llegado, primer servido» no puede ser utilizado por los agentes tradicionales para bloquear la entrada de generación e impedir que la capacidad de interconexión ejerza presión competitiva. Otros países de la muestra utilizan esquemas similares. Sin embargo, España destaca también en esta medida porque recientemente el gobierno ha decidido restringir el uso de la capacidad de interconexión por parte de los generadores principales, por lo que la capacidad de importación se encuentra en manos de agentes diferentes, contribuyendo a la presión competitiva en el mercado de generación (dada la escasa capacidad física de interconexión, esto me parece muy optimista).
- En España, la propiedad de la generación y el transporte (incluyendo operación del sistema) se encuentran separados, de modo que los agentes tradicionales no pueden discriminar en el desarrollo, operación y mantenimiento de las redes en perjuicio de los nuevos entrantes¹⁷. El grado de separación existente en España es igual al de Italia, Holanda y el Reino Unido. En el resto de países de la muestra la separación entre la generación y el transporte es legal. En concreto, en Francia y en los países nórdicos la separación legal se ve afectada por la coincidencia del Estado tanto en la propiedad del operador del sistema de transporte como en su participación en una o más de las empresas distribuidoras.
- Con respecto al acceso y cargos por uso de las redes, la gran mayoría de países tiene acceso libre (con la notable excepción de Alemania), mientras que en la reglamentación sobre cargos por acceso hay dos países de la muestra que permiten el cálculo de cargos de manera *ex post*. Los demás países, incluida España, tienen acceso libre y con tarifas determinadas de manera *ex ante*, que resulta ser la solución más pro-competitiva.

Por último, en el extremo contrario destaca Alemania, cuyo mercado es predominantemente de carácter bilateral y donde no es obligatoria la participación en el mercado organizado, que se caracteriza por tener un escaso grado de liquidez¹⁸. Además, hasta fechas muy recientes no existía

99 por 100 de la producción eléctrica en España pasa por el *pool* marginalista y menos de un 1 por 100 es objeto de contratación bilateral física (con remuneración *pay-as-bid*).

¹⁷ El hecho de que una elevada proporción (50 por 100) de los planes de entrada de generadores sea de agentes independientes tiende a apoyar esta impresión.

¹⁸ La electricidad vendida en el mercado organizado representa en torno al 11 por 100 del consumo del país.

regulación alguna del acceso de terceros a la red, generándose numerosos problemas de abuso de posición de dominio.

Con objeto de dar una idea más precisa de las diferencias que pueden presentarse entre los casos español y alemán, a continuación se contrastan algunos aspectos específicos de las industrias de la electricidad y del gas en ambos países.

En Alemania, el mercado organizado de electricidad, *European Energy Exchange* (EEX), se crea tarde, en julio de 2002; es poco líquido, ya que apenas recoge el 10 por 100 de la energía vendida. En consecuencia, la mayor parte de las transacciones mayoristas de electricidad se realizan mediante contratos bilaterales de largo plazo. Esto puede configurarse como una barrera de entrada para potenciales comercializadores entrantes, que no tienen garantizado el *input* necesario para el desarrollo de su actividad. Asimismo, también puede constituir una barrera de entrada para los generadores, al no tener garantizado un volumen de clientes suficiente para poder desarrollar de forma rentable la actividad.

Además, el principal suministrador de electricidad es también titular de parte de las redes de transporte de electricidad, aproximadamente 42.000 km, lo que representa en torno al 38 por 100 del total del mercado alemán¹⁹. Esta actividad otorga a este operador una importante fuente de ingresos estables, que resulta de un enorme valor en un sector caracterizado por fuertes inversiones para el desarrollo de la actividad y una enorme volatilidad en los ingresos derivados de la misma. Además, ante la ausencia histórica de regulación de acceso a las redes de transporte, la integración vertical se ha configurado como una barrera de entrada para potenciales competidores. Finalmente, la tarifa del suministro minorista la proponen los distribuidores, con lo que parece lógico pensar que los riesgos de déficit de tarifa están muy acotados.

Contrariamente, en España, en la industria eléctrica, la participación en el mercado organizado es obligatoria, lo que facilita la entrada de nuevos competidores; persiste el suministro a tarifa y los problemas de déficit tarifario, lo que disminuye enormemente la rentabilidad de esta actividad. En la tabla 7 se muestra cómo el precio del suministro a tarifa ha venido disminuyendo en términos reales a lo largo de los últimos años, lo que no guarda ninguna relación con la evolución de los costes y da una idea de hasta qué punto el suministro a tarifa ha moderado los ingresos de las compañías eléctricas. Finalmente, la red de transporte se ha transferido a un tercero (REE), por lo que los operadores en actividades abiertas a la competencia no disponen de dicha fuente de ingresos estables. No se entiende bien por qué vuelve a describirse la situación española, cuando a eso se dedicaba el subapartado anterior.

En la industria del gas, Gas Natural fue obligada a vender sus activos de transporte y su participación en Enagás (gestor de la red de transporte);

¹⁹ Fuente: E.ON, *Strategy & Key Figures 2005*.

TABLA 7

EVOLUCIÓN DE LA TARIFA ELÉCTRICA MEDIA O DE REFERENCIA EN ESPAÑA,
AÑOS 1997-2006

| Año | Real Decreto | Variación anual (%) | | Variación real (%) |
|-------|--------------|---------------------|-------|--------------------|
| | | Tarifa | IPC | |
| 1997 | RD 2657/96 | -3,00 | 2,00 | -5,00 |
| 1998 | RD 2016/97 | -3,63 | 1,40 | -5,03 |
| 1999 | RD 2821/98 | -5,57 | 2,90 | -8,47 |
| 2000 | RD 2066/99 | -4,85 | 4,00 | -8,85 |
| 2001 | RD 3490/00 | -1,52 | 2,70 | -4,22 |
| 2002 | RD 1483/01 | 0,32 | 4,00 | -3,68 |
| 2003 | RD 1436/02 | 1,65 | 2,60 | -0,95 |
| 2004 | RD 1802/03 | 1,72 | 3,20 | -1,48 |
| 2005 | RD 2392/04 | 1,71 | 3,40 | -1,69 |
| 2006 | RD 1556/05 | 4,48 | 2,00 | 2,48 |
| Total | | -8,69 | 28,20 | -36,89 |

Fuente: Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

se le ha sometido a unas cuotas máximas de aportaciones de gas al sistema; se le impusieron obligaciones de subasta del gas proveniente de Argelia como medida para fomentar la entrada de nuevos operadores, y han entrado múltiples operadores en competencia.

4. CONTROL DE CONCENTRACIONES Y AYUDAS PÚBLICAS

A. ASIMETRÍAS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

El control de las operaciones de concentración se lleva a cabo por autoridades nacionales de competencia o por la Comisión Europea, según el sistema de asignación de casos establecido en la normativa. Las peculiaridades de cada uno de los mercados, las deficiencias en la coordinación de las decisiones y algunas particularidades de las normativas nacionales han hecho que operaciones aparentemente similares se hayan tratado de forma significativamente diferente.

Se pueden poner muchos ejemplos que ratifican estas divergencias de criterios. Basta contrastar el proceso de consolidación registrado en Alemania y en España. En Alemania, a lo largo de los últimos años, ha venido disminuyendo el número de operadores principales, sin que el *Bundeskartellamt* viera problemas en ello. Esto fue así hasta la operación de concentración E.ON/Ruhrgas, que fue prohibida por la autoridad de competencia alemana. No obstante, la operación fue finalmente autorizada por el Ministro de Economía, haciendo uso de su capacidad de veto a las decisiones de la autoridad de competencia, por consideraciones de interés general. El principal argumento en que el Ministerio basó su decisión fue precisamente el redimensionamiento del operador alemán para posicionarse en el futuro mercado europeo de la energía y la consecuente mejor garantía en el suministro.

Por tanto, en Alemania se ha producido una sensible consolidación en el sector por la que el número de operadores verticalmente integrados se ha reducido de nueve a cuatro. El proceso continúa, con las progresivas adquisiciones de las pequeñas compañías distribuidoras que todavía son propiedad de los Ayuntamientos.

Contrariamente, en España, los criterios de las autoridades de competencia para la consolidación empresarial en el sector eléctrico han sido muy restrictivos, y son numerosas las operaciones que han sido denegadas. Por ejemplo, se pueden citar los casos de Endesa/Iberdrola²⁰, Unión Fenosa/Hidrocantábrico²¹, Iberdrola/Berrueza y otras²², Gas Natural/Iberdrola²³, o Endesa/Gas Natural²⁴. Además, no se ha puesto ningún obstáculo a la entrada de operadores extranjeros, como son los casos de ENEL, EDP, AES, ESB, Electrabel, etc.

En esta línea de discrepancias relativas a los criterios de aplicación del control de concentraciones se puede poner otro ejemplo muy paradigmático. Se trata de las diferencias de análisis en las distintas operaciones que se han planteado sobre Endesa. Así, la Comisión Europea ha estimado que la operación E.ON/Endesa no requería un análisis en profundidad, principalmente debido al pequeño solapamiento de sus actividades, y la ha autorizando en primera fase y sin condiciones. Contrariamente, la autoridad de competencia portuguesa lleva nueve meses analizando los efectos de la operación Gas Natural/Endesa sobre el mercado portugués, y actualmente está en la segunda fase del procedimiento. Y ello, pese a que en dicho país no se producen solapamientos entre las partes, si se conside-

²⁰ Expediente C60/00, Endesa/Iberdrola, Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 10 de enero de 2001.

²¹ Expediente C54/00, Unión Eléctrica Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico, Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 17 de mayo de 2000.

²² Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001.

²³ Resolución de la CNE sobre la solicitud de autorización presentada por Gas Natural SDG, S. A., para tomar participaciones en el capital social de Iberdrola, S. A.

²⁴ Expediente C38/99, Endesa/Gas Natural, Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 6 de mayo de 1999.

ra que los mercados no son de dimensión ibérica, como hasta ahora han mantenido las autoridades de competencia.

Por tanto, las diferencias de criterio en la aplicación del procedimiento de control de concentraciones es un elemento adicional que ha hecho que las posibilidades de crecimiento de las empresas eléctricas en Europa hayan sido diferentes.

B. ASIMETRÍAS EN LAS AYUDAS PÚBLICAS

En los sectores energéticos algunas compañías operan con precios administrados, como ocurre en algunos casos con el suministro minorista. Otras veces reciben ayudas públicas, por ejemplo, para financiar servicios de interés general, como puede ser la garantía de suministro, con la subvención a fuentes energéticas autóctonas, como es el caso del carbón en numerosos Estados miembros. Otro tipo de ayudas pueden provenir de la propia asignación de los derechos de emisión de CO₂ o los pagos relativos a los costes de tránsito hacia la competencia.

Aunque es cierto que estas ayudas están sujetas al control de la Comisión Europea, no es menos cierto que los niveles de las ayudas concedidas difieren significativamente entre Estados miembros. Dada la diversidad de ayudas y las peculiaridades de cada Estado miembro, resulta probable que éstas acaben situando a las distintas empresas europeas en desigualdad de condiciones.

Además, el hecho de que la Comisión haya autorizado buena parte de estas ayudas no significa que no puedan constituirse en elementos de protección frente a potenciales competidores. Así lo ha reconocido la propia Comisión, por ejemplo, con el caso de los Costes de Transición a la Competencia (CTC), que suponen una distorsión en el mercado y que pueden haber constituido una barrera de entrada²⁵.

Sin ánimo de ser exhaustivo, y con objeto de destacar la entidad de las ayudas otorgadas, se puede citar el caso de Alemania, donde se vienen otorgando importantes subvenciones a la industria del carbón. Concretamente, el plan de reestructuración de la industria del carbón para el período 2006-2010 prevé unas ayudas de 12.000 millones de euros para las diez minas existentes, de las que cuatro cerrarán en 2010. De esos 12.000 millones de euros, aproximadamente 9.000 son para financiar su actividad corriente.

Igualmente, se otorgan importantes beneficios fiscales para la gestión de los residuos radioactivos y el cierre de las centrales nucleares, a través de un favorable tratamiento para las provisiones que se hacen con estos

²⁵ Caso núm. COMP/M.3440-EDP/ENI/GDP.

finés. Se estima que estos beneficios fiscales oscilan en torno a los 17.000 millones de euros.

Finalmente, se puede citar el generoso sistema de asignación de derechos de emisión en Alemania, superior al que realmente necesitan los operadores energéticos, y la posibilidad que tienen de trasladar el coste de los derechos al precio de venta de la energía. Efectivamente, la asignación de derechos en Alemania ha sido muy favorable para los operadores energéticos. En conjunto, para todos los sectores se han asignado más derechos de los necesarios (un 4 por 100 más). Éste es un fenómeno que no se ha limitado al sector energético y que responde a una mejor negociación por parte alemana.

Esta situación contrasta con la de España, donde se han asignado menos derechos de los necesarios (un 5 por 100 menos para el conjunto de sectores), y el Gobierno ha aprobado el Real Decreto 3/2006, que pretende eliminar los beneficios derivados de la entrega gratuita de los derechos o del aumento del precio mayorista de la electricidad que resulta de la adquisición de derechos de emisión. La situación no tiene perspectivas de cambiar en el medio plazo, ya que no se podrán otorgar a España los derechos necesarios, dado que está muy lejos de los compromisos de Kioto. Todo esto constituye otro ejemplo de cómo las empresas europeas disponen de unas posibilidades de crecimiento muy dispares. No se destacan las ayudas al carbón en España o las relativas a la moratoria nuclear, ya que el objeto no es hacer una comparativa, sino simplemente destacar que ante tan elevado y variado nivel de ayudas, el «*level playing field*» sería una pura casualidad.

5. CONCLUSIONES

En este artículo se ha mostrado que las empresas europeas no se encuentran en igualdad de condiciones para posicionarse en el futuro mercado único de la energía en la UE. La situación es muy heterogénea, destacando en el extremo más proteccionista el eje franco-alemán, frente al hispano-británico, más orientado al mercado.

Se ha observado cómo la propiedad pública confiere a las empresas unas ventajas especiales para crecer en Europa. Concretamente, están protegidas frente a posibles compradores extranjeros y, en el mejor de los casos, obtienen una financiación ajena más barata. Además, suele coincidir que donde hay propiedad pública, la regulación y el diseño de los mercados otorgan a estas empresas cierta protección frente a la competencia nacional o extranjera, permitiéndolas obtener unas rentas extraordinarias que pueden aplicar adquiriendo competidores de otros Estados miembros.

No obstante, la protección de las empresas nacionales no se limita al caso de las empresas de propiedad pública, dándose otros casos en los que

las empresas reciben protección frente a la competencia extranjera y apoyo para su proyección en Europa, de forma que puede afirmarse que en esta carrera hacia el mercado único europeo no existe un «*level playing field*».

Como resultado de todo esto, los operadores energéticos más protegidos en sus mercados nacionales no sólo mantienen el dominio en sus respectivos mercados nacionales, sino que además van expandiendo su presencia en otros Estados miembros.

El problema no es tanto la existencia de un «*uneven playing field*» como los escasos instrumentos disponibles para corregirlo. Por ejemplo, la eficacia de los instrumentos de competencia es limitada. El Tratado de la UE no entra en la cuestión de la propiedad pública o privada de las empresas, de forma que poco se puede hacer si en un Estado miembro se ha decidido mantener la propiedad pública de sus empresas energéticas. Tampoco se ha hecho nada para contrarrestar que los mercados de capitales otorguen financiación en mejores condiciones a las empresas con participación pública. Finalmente, no existe un regulador europeo con competencias para impulsar un juego competitivo más justo.

Pero lo que es más grave, no ha habido voluntad de corregir dichas desigualdades cuando ha habido oportunidad de hacerlo. Por ejemplo, la Comisión ha destacado la situación asimétrica que se ha producido en los procesos de consolidación empresarial en Europa, contrastando el caso alemán, en donde el Gobierno aprobó la concentración de los principales operadores del gas y de la electricidad con la concentración E.ON/Ruhrgas, con el portugués, en el que la Comisión prohibió una concentración de naturaleza semejante²⁶. No obstante, la Comisión no ha impuesto ninguna condición que permitiera corregir dicha asimetría, ni siquiera en parte, cuando ha tenido ocasión de hacerlo. Concretamente, no lo ha hecho cuando E.ON ha salido de compras fuera de Alemania, por ejemplo con la adquisición de MOL en Hungría o la de Endesa en España, aunque en el primero de los casos se aprobase con condiciones y tras un análisis en profundidad.

La Comisión tampoco ha impuesto condiciones de desinversión en el mercado de origen cuando las empresas dominantes en sus mercados de origen han salido de compras en terceros mercados, financiando dichas compras con las rentas extraordinarias obtenidas gracias a la favorable regulación nacional²⁷. Con ello, ha actuado de forma contradictoria a como lo ha hecho en otros sectores, donde se ha aceptado que las empresas que gozan de derechos especiales en determinados mercados no pue-

²⁶ Previsiblemente, la cuestión se va a continuar planteando en el futuro. Basta tener en cuenta el actual debate en el diseño del programa del partido socialista francés, donde existe una fuerte presión para proponer la concentración de GDF y EDF. Ver *Les Echos*, 8 de junio de 2006.

²⁷ La única excepción en los sectores energéticos donde la Comisión ha tenido en cuenta estos efectos contrarios a la competencia fue en el caso COMP/M.1853 EDF/ENBW, de 7 de febrero de 2001, apartado 48.

den utilizar subvenciones cruzadas provenientes de estos mercados para financiar sus actividades en otros no regulados²⁸.

Las consecuencias del «*uneven playing field*» y la ausencia de iniciativas para corregirlo son claras. Por una parte, la concentración E.ON/Endesa podría desencadenar una ola de concentraciones de semejante magnitud y naturaleza. GDF/SUEZ ya ha sido la primera de ellas, ENEL ya ha obtenido un empréstito significativo para previsiblemente hacer la segunda, y en Francia se ha desencadenado cierto debate sobre la posible concentración EDF/GDF, resultando previsible que se produzcan otras operaciones en un futuro próximo.

Efectivamente, los procesos de consolidación empresarial normalmente se producen por oleadas, de forma que cuando un operador se dimensiona con la adquisición de otro, normalmente sus rivales reaccionan para no distanciarse en tamaño del operador principal²⁹. En ocasiones este riesgo ha sido tenido en cuenta por las autoridades de competencia³⁰, pero éste no ha sido el caso en la operación E.ON/Endesa.

Alternativamente, esta operación podría provocar una fuerte reacción proteccionista de los Gobiernos hasta ahora más liberales para evitar efectos no deseados de la situación existente, como los que se describen a continuación.

En primer lugar, la libre circulación de capitales en un contexto de «*uneven playing field*» como el que existe actualmente en Europa no garantiza que las empresas más eficientes sean las que acaben imponiéndose en el mercado, sino las que han disfrutado de mayor protección pública, y precisamente por eso, es más que probable que no sean las más eficientes.

²⁸ Este principio general, establecido ya desde la sentencia Corbeau (Sentencia de 19 de mayo de 1993 del TICE en el asunto C-320/91, apartado 19), ha sido seguido por la práctica de la Comisión. Ha habido una doble preocupación en relación con las subvenciones cruzadas y el control de concentraciones: (i) la concentración en un mercado no regulado puede ser contraria a Derecho comunitario si ha sido financiada con fondos provenientes de un abuso de posición dominante en el mercado regulado (Sentencia de 20 de marzo de 2002 del TPI en el asunto T-175/1999, UPS/Comisión y Deutsche Post, apartados 55 y 61), y (ii) la concentración puede no autorizarse si se demuestra que existe un riesgo de subvenciones cruzadas que puedan tener un efecto anticompetitivo en el mercado de la concentración (véase, por ejemplo, decisiones de la Comisión COMP/M.1606, EDF/South Western Electricity, de 18 de julio de 1999, apartado 37; caso IV/M.1347, Deutsche Post/Seuricor, de 23 de febrero de 1999). En relación con el primer motivo, si se analiza el núcleo del argumento del Tribunal en la sentencia UPS se puede llegar a la conclusión, por implicación, de que una concentración en sí misma puede ser contraria al Derecho comunitario si ha tenido origen en un acto contrario a las normas de la competencia, independientemente del mercado de donde proceda este acto y del mercado donde tenga lugar la concentración.

²⁹ K. GORTON y ROSEN, *Eat or Be Eaten: A Theory of Mergers and Merger Waves*, abril de 2005.

³⁰ El TDC tuvo en cuenta este riesgo de reacciones en el mercado como consecuencia de una operación de concentración en el expediente Heineken/Cruzcampo y fue precisamente este riesgo —el de que la fusión Heineken-Cruzcampo diera lugar a la integración entre Mahon y San Miguel y el duopolio imperfecto que resultaría— lo que le llevó a recomendar al Consejo de Ministros la prohibición de la operación.

En segundo lugar (y es aún más grave), con la adquisición del sexto operador eléctrico europeo (Endesa), se marca un nuevo hito sobre las empresas potencialmente adquiribles, de forma que se va hacia un mercado con un número máximo de cinco grandes operadores, no descartándose incluso alguna concentración entre estos cinco.

Finalmente, en la medida en la que los operadores vayan haciéndose con poder de mercado en los mercados nacionales, resultará muy sencillo que lleguen a un fácil entendimiento de reparto de mercados, evitando enfrentarse entre sí. En otras palabras, existe la posibilidad de que el mercado europeo termine controlado por un número reducido de operadores, con un reparto geográfico del mercado, con los consecuentes efectos sobre los precios y la competitividad de la economía europea. El procedimiento de control de concentraciones debería aplicarse para evitar este tipo de estructura oligopolista de mercado, pero de momento no se han hecho este tipo de consideraciones.

EL ARGUMENTO DE LAS EFICIENCIAS ECONÓMICAS EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES. ¿UN NUEVO DESAFÍO O UNA MISIÓN IMPOSIBLE?

MIGUEL ODRIOZOLA

BELEN IRISSARRY *

Abogados

Clifford Chance

1. INTRODUCCIÓN

Supongamos que en un determinado mercado se encuentran activas las empresas A, B y C. La empresa A es el competidor principal y ha conseguido que su producto sea distribuido en todas las grandes superficies del mercado. Las empresas B y C son el segundo y el tercer competidor, y compiten entre ellos por ser la segunda marca distribuida en las grandes superficies.

Imaginemos además que las empresas B y C quieren fusionarse, alcanzando altas cuotas de mercado tanto a nivel nacional como local. Las partes, sin embargo, alegan que el fin último de la operación es la mejora de su sistema de producción y comercialización¹, con el consiguiente efecto de reducción de precios en el mercado. Las partes alegan, además, que dichas eficiencias serían trasladadas a los consumidores.

¿Podría una operación como la descrita, que a primera vista podría plantear problemas de competencia, ser autorizada exclusivamente sobre la base de argumentos de eficiencias económicas?

* Los autores, abogados de Clifford Chance, han representado a una de las partes en dos casos de eficiencias sobre los que opinan en este escrito. Representaron a Endesa en la OPA de Gas Natural (C93/05) y a Telefónica en su adquisición de Iberbanda (C74/05).

¹ Las partes estiman que alcanzarían eficiencias distribuyendo la totalidad de sus productos bajo la marca comercial de B y produciendo los mismos en la planta de C. De no realizarse la operación, C tendría que incurrir en inversiones sustanciales para actualizar su marca. Por su parte, B tendría que actualizar su fábrica, actualmente con costes muy altos, mientras que la fábrica de C es moderna y opera a menos del 50 por 100 de capacidad.

Las eficiencias son la principal razón por la que las empresas deciden combinar sus recursos. Por tanto, no resulta extraño que este tema aparezca de forma recurrente en el marco del control de concentraciones. No obstante lo anterior, hasta el momento la cuestión de las eficiencias ha tenido escasa, si no nula, eficacia práctica.

Se trata, como no, de un tema de completa actualidad, sobre todo a raíz de la reforma de la normativa comunitaria de control de concentraciones en 2004 y en el contexto de la actual reforma en España de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia².

En este contexto, el presente artículo tiene como objeto analizar en qué consisten las eficiencias y por qué es importante el tema en la actualidad. Analizaremos la situación de la que venimos, cuál es la normativa aplicable actualmente y cuáles son los aspectos en los que las partes tendrían que centrarse si quieren que su argumento sobre eficiencias sea admitido, identificando los principales problemas que se están debatiendo en la actualidad.

2. EFICIENCIAS: DEFINICIÓN Y CATEGORÍAS

A. ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS EFICIENCIAS?

En cada una de las etapas del proceso de investigación y desarrollo, producción, distribución y comercialización, una empresa determinada puede optar entre realizar la actividad por sí sola o realizarla conjuntamente con otra u otras empresas, ya sea a través de acuerdos o mediante una operación de concentración.

Pues bien, de forma general, las eficiencias son resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas que combinan sus activos realizan algo que no podrían realizar por sí solas con la misma eficacia.

B. CATEGORÍAS DE EFICIENCIAS

No es objeto del presente trabajo trazar distinciones rígidas y definitivas entre los diversos tipos de eficiencias, lo que, por lo demás, resultaría una tarea imposible. Interesa, sin embargo, a efectos expositivos y sin ánimo de exhaustividad, identificar las principales eficiencias o categorías de eficiencias a tener en cuenta.

En principio, todas las eficiencias que citaremos a continuación podrían ser tenidas en cuenta a la hora de analizar una determinada operación de concentración.

² Véase a tal efecto el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia publicado en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia en www.dgdc.meh.es.

Sin embargo, no puede negarse que hay algunas llamadas a desempeñar un papel más importante que otras, y ello en función de los requisitos exigidos por la autoridad de competencia a la que corresponda analizar una operación de concentración en cuestión.

a) *Eficiencias de costes vs. eficiencias cualitativas*

Cabría realizar, en primer lugar, una distinción fundamental entre eficiencias de costes y eficiencias de carácter cualitativo.

i) *Eficiencias de costes*

Dentro de la primera categoría pueden identificarse todas aquellas eficiencias que tengan una repercusión directa sobre la estructura de costes de una empresa determinada. Se incluyen, entre otras:

Economías de escala. Gracias a las economías de escala se alcanzan menores costes por unidad de producción debido al incremento de la producción de un determinado bien³.

Las citadas economías de escala pueden alcanzarse a través de varios medios, como la racionalización de la producción⁴, la eliminación de duplicaciones innecesarias, la eliminación de tiempos muertos, la especialización de fábricas, la transferencia de técnicas de producción superiores de una de las partes de la concentración a otra, etc.

Economías de alcance. Responden a la idea de que se pueden reducir los costes mediante la fabricación de productos diferentes a través de los mismos factores de producción o de distribución. O lo que es lo mismo, el coste de producción de bienes diferentes de forma separada se reduce produciendo los mismos de forma conjunta.

Las economías de alcance pueden conseguirse por la utilización de materias primas comunes, la puesta en común de conocimientos técnicos, la reducción o eliminación de canales de distribución y de ventas, etc.

Sinergias derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción. Este tipo de sinergias se producen, por ejemplo, cuando se producen saltos tecnológicos que reducen el coste de los productos en cuestión.

³ Por ejemplo, si una planta opera por debajo de su capacidad, el coste unitario de sus productos será superior al deseable. En el momento en que se producen más unidades, el coste unitario desciende, lo que se entiende por economía de escala.

⁴ Ahorros de costes generados por la movilización de la producción de una fábrica con mayores costes marginales a otra planta con menores costes.

Sinergias derivadas de la integración de activos. Consisten en la combinación de diferentes activos para obtener una configuración de costes óptima, lográndose un nivel más alto de producción por hora con un insumo más bajo de materias primas por unidad de producción.

Economías de aprendizaje. Adquisición de experiencia en relación con un determinado método de producción o comercialización, ya sea porque el método se emplee con mayor fluidez, ya sea porque la tarea se lleve a cabo más rápidamente.

Sinergias en la planificación de la producción. Como eficiencias de costes también se pueden identificar mejoras en la planificación de la producción, como por ejemplo la reducción de existencias y la mejor gestión de las capacidades mediante el método justo a tiempo o «*just in time*».

Reducción de «x-ineficiencias». La incapacidad de los directivos para maximizar los beneficios de una compañía se conoce como «*x-inefficiency*». La eficiencia se alcanzaría cuando se sustituyen directivos menos capacitados por otros mejor preparados para maximizar los beneficios de una compañía y reducir sus costes.

Ahorros de costes de abastecimiento. Las partes pueden generar eficiencias sustanciales en la negociación con sus proveedores si su posición en el mercado se vuelve más importante, obteniendo en la negociación precios menores o mayores descuentos.

Ahorros de costes de capital. Una operación de concentración puede dar acceso superior a los mercados de capitales, mejorándose sustancialmente la posición de la empresa en cuanto a sus costes a la hora de desarrollar actividades productivas y su competitividad en el mercado.

ii) Eficiencias cualitativas

En ocasiones, la principal mejora de eficiencia de una determinada operación no es una reducción de costes en la fabricación de un producto determinado, sino otras eficiencias de carácter cualitativo.

Así, una determinada operación de concentración puede tener como objetivo:

- La mejora de la calidad, dando lugar a una oferta de productos o servicios de mayor calidad o de nuevas características, más adecuados a las necesidades de los clientes.
- La realización de eficiencias de distribución y promoción, consiguiéndose que la distribución se realice con mayor rapidez, de forma más cercana a los clientes y con la misma calidad a través de toda la cadena de distribución.

- El acceso a nuevos mercados, por ejemplo, mediante la combinación de actividades entre dos empresas que, individualmente, no podrían alcanzar dicho objetivo o haciéndose con una marca conocida en dicho mercado.
- La realización de eficiencias dinámicas o de innovación, mejorando tecnológicamente un producto determinado o introduciendo nuevos productos cuando anteriormente no era posible, o de forma más rápida, a través de actividades de investigación y desarrollo.
- La realización de eficiencias transaccionales consistentes en la eliminación de intermediarios a la hora de contratar materias primas, distribución o servicios.
- Eficiencias tendentes a obtener una gama más completa de productos y una oferta más diversificada.
- Eficiencias de red, en virtud de las que los demandantes de un determinado producto se benefician cuando el número de demandantes del mismo aumenta.
- Eficiencias tendentes a mejorar los servicios postventa.
- Reducción de ineficiencias (la teoría de la empresa desfalleciente o *failing firm* puede enmarcarse dentro de este grupo).

b) *Eficiencias productivas vs. eficiencias asignativas*

i) Eficiencias productivas

Se entiende por eficiencias productivas aquellas que consiguen que a largo plazo una empresa, un sector o un mercado determinado alcancen su tamaño óptimo, esto es, aquel que minimice los costes medios de producción al explotar al máximo las distintas economías de escala, alcance, transaccionales, dinámicas, etc. En definitiva, la eficiencia productiva se optimiza cuando los bienes o servicios se producen al mínimo coste posible.

Las eficiencias productivas son las más cuantificables y generalmente son las más aceptadas por economistas y autoridades de competencia.

ii) Eficiencias asignativas

El objetivo no es tanto aumentar la producción de la empresa al menor coste para la misma, sino que, además, los productos resultantes respondan a las necesidades y expectativas de los consumidores.

No existe pérdida del consumidor cuando se alcanza la eficiencia asignativa. Dicha pérdida ocurre cuando las empresas producen menos de la cantidad socialmente óptima y los consumidores tienen que acudir a productos sustitutos que no valoran de la misma forma.

c) *Eficiencias estáticas vs. eficiencias dinámicas*

i) *Eficiencias estáticas*

Las eficiencias citadas en el punto 2.2.2 anterior (productivas y asignativas) son fundamentalmente estáticas y tienen fundamentalmente efectos en el precio de un determinado producto.

ii) *Eficiencias dinámicas*

Las eficiencias dinámicas o de innovación permiten que aparezcan nuevos productos o productos mejorados como consecuencia de la difusión de una nueva tecnología.

Pese a que este tipo de eficiencias es más difícil de probar, no debería dejar de reconocerse su importancia, sobre todo en el marco de nuevos mercados o de mercados en transición. En este contexto, las eficiencias de innovación pueden desempeñar un papel fundamental porque, pese a que en principio pueda surgir un problema de competencia, la eficiencia en sí puede generar un cambio sustancial en las condiciones competitivas en el mercado en el futuro, asegurándose así la competencia efectiva a largo plazo, con el consiguiente beneficio para el consumidor. Es, por tanto, necesario que la autoridad de competencia conceda una prioridad absoluta a las eficiencias dinámicas, a pesar de las dificultades en medir y evaluar las mismas.

Una misma operación de concentración no tiene por qué generar los tres tipos de eficiencias (productivas, asignativas y dinámicas) a la vez. Lo normal es que se mejore alguna y se empeore otra. Por ejemplo, en algunos casos se pueden dar eficiencias de producción pero puede producirse un empeoramiento de la eficiencia asignativa.

d) *Eficiencias pecuniarias o redistributivas vs. eficiencias de costes reales*

i) *Eficiencias pecuniarias o redistributivas*

Este tipo de eficiencias resultan en la mera redistribución de rendimientos de una empresa a otra, sin que pueda considerarse que se ha producido una reducción de los recursos empleados para fabricar un determinado producto o servicio.

ii) Eficiencias de costes reales

Las eficiencias de costes reales permiten que una empresa produzca más o mejores productos con la misma cantidad de recursos.

Se ha sugerido que a la hora de analizar si la reducción de los costes de adquisición de una empresa constituye una eficiencia real o pecuniaria es necesario analizar el grado de competencia a ambos niveles del mercado de producto adquirido⁵. La reducción de costes tenderá a ser una eficiencia real cuanto más competencia exista en el mercado. Si la entidad resultante de la concentración adquiere poder de mercado, entonces es más probable que se reduzca a su vez la producción y se incrementen los precios de los productos en el mercado aguas abajo, por lo que en este último caso, la eficiencia debe considerarse pecuniaria.

e) Sinergias vs. racionalización de la producción

Determinadas eficiencias constituyen sinergias. Las sinergias se alcanzan al arrojar la unión entre dos empresas un resultado superior a la suma de las dos empresas tenidas en cuenta de forma individual.

Las sinergias se alcanzan a través de la interoperabilidad de productos complementarios, la compartición de conocimientos o capacidades complementarias, la adquisición de activos intangibles como marcas, Carteras de clientes, capital humano difícil de duplicar, etc.

En cambio, existen otras eficiencias que en principio podrían alcanzarse de forma individual, sin necesidad de combinar recursos con otra empresa. Podemos pensar, por ejemplo, en dos empresas que, pese a fusionarse, continúan existiendo de forma individual con posterioridad a la operación de concentración. Este tipo de operación de concentración da lugar a la posibilidad de racionalizar la producción de las partes sin que, sin embargo, se produzcan sinergias.

3. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LAS EFICIENCIAS

A. EL PUNTO DE PARTIDA. ¿EN QUÉ CONSISTEN LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA PLANTEADOS POR DETERMINADAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN?

La Comisión Europea, en sus Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo

⁵ M. DE LA MANO, «For the customer's sake: The competitive effects of efficiencies in European Merger Control», *Entreprise Papers*, núm. 11, 2002, p. 45.

sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, las «Directrices Horizontales»)⁶, señala que las operaciones de concentración que obstaculicen de forma significativa la competencia efectiva pueden generar dos tipos de problemas:

- i) *Efectos no coordinados*: eliminando gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas que, en consecuencia, disfrutarán de un poder de mercado incrementado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado.
- ii) *Efectos coordinados*: cambiando la naturaleza de la competencia de forma tal que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a subir sus precios o a perjudicar de otra forma la competencia efectiva, o que dicha coordinación se facilite o se haga más estable como consecuencia de la operación.

La preocupación del sistema europeo de control de concentraciones es el poder de mercado incrementado que pueden adquirir una o varias empresas para aumentar precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia, de forma que se produzca un perjuicio a los consumidores y una reducción del bienestar general.

En principio, según la teoría económica, una empresa que dispone de poder de mercado comercializará una cantidad menor de bienes a un precio superior en comparación a lo que harían otras empresas en un mercado competitivo. De esta forma, la empresa se asegurará beneficios monopolísticos apropiándose de todo o parte del bienestar del consumidor. Aunque el aumento de precio provocará que algunos consumidores no adquieran el bien en cuestión, existirá una amplia mayoría que estará dispuesta a pagar un precio superior para adquirir dicho bien.

Volvamos al ejemplo de nuestra introducción. Imaginemos que efectivamente B y C se fusionan. El perjuicio a los consumidores como consecuencia de una operación de concentración que confiere poder de mercado puede verse en un gráfico muy simple:

- Así, la zona X muestra el aumento de precio (de P1 a P2) que tienen que pagar aquellos consumidores que quieren adquirir los productos de B y C. Los precios aumentados implican a su vez un mayor beneficio para B y C.
- La zona Y muestra la pérdida del consumidor, esto es, el daño sufrido por aquellos consumidores que no pueden adquirir los productos de B y C como consecuencia del aumento de precio de P1 a P2 y de la reducción de cantidad de D1 a D2.

⁶ «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones económicas entre empresas (2004/C 31/03)», DOUE, C 31, de 5 de febrero de 2004, pp. 5 ss.



De esta forma, puede verse cómo determinadas operaciones de concentración —tal sería el caso de la fusión entre las empresas B y C de nuestro ejemplo— proporcionan a las empresas partícipes poder de mercado teniendo como resultado por lo general una reducción de la eficiencia asignativa y una pérdida para el consumidor.

B. ¿QUÉ PAPEL PUEDEN DESEMPEÑAR LAS EFICIENCIAS EN EL CONTEXTO DE OPERACIONES QUE PLANTEAN PROBLEMAS DE COMPETENCIA?

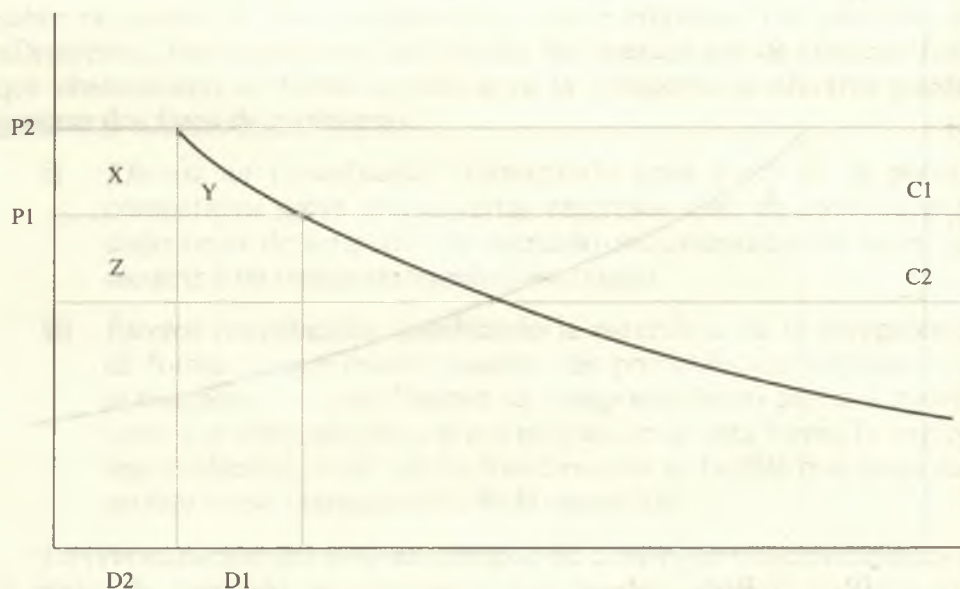
Supongamos ahora que, como consecuencia de la operación de concentración, B y C se benefician de una reducción de costes. Así:

La zona Z representaría el ahorro de costes para B y C (de C1 a C2).

La pregunta es: ¿deben tenerse en cuenta estos ahorros de costes a la hora de evaluar la operación de concentración? Y si la respuesta es positiva, ¿de qué manera?

Pues bien, la respuesta a estas preguntas dependerá del tipo de interés que se quiera proteger a través del régimen de control de concentraciones, existiendo, básicamente, dos tipos de estándares de bienestar diferentes a tener en cuenta⁷:

⁷ Existen muchos más estándares que no identificaremos en el presente artículo a efectos de simplificación.



a) *Total Surplus Standard («TSS»)*

En los gráficos anteriores puede verse cómo se produce una transferencia de renta de los consumidores al productor (zona X). En efecto, los consumidores que adquieren el producto deben pagar un precio superior de lo que correspondería en un mercado en competencia.

Pues bien, a la hora de realizar una compensación de intereses, el TSS valora por igual el bienestar del productor y el del consumidor. Es decir, bajo el TSS es indiferente si la operación beneficia a los productores a expensas de los consumidores. Los beneficios del productor y los perjuicios del consumidor consecuencia de un aumento de precios pueden compensarse.

Por tanto, una operación que tiene como consecuencia un aumento de precios podría ser autorizada si las ganancias de los productores exceden las pérdidas experimentadas por los consumidores⁸.

Lo verdaderamente relevante, pues, bajo el TSS es que las eficiencias generadas por la operación de concentración compensen la pérdida del consumidor causada por el incremento de poder de mercado (zona Y en nuestro gráfico).

⁸ Así, existen propuestas de otorgar importancia a los intereses de las empresas y de los ciudadanos de beneficiarse en suelo europeo de una economía poderosa y competitiva susceptible de proporcionar un alto nivel de crecimiento y de empleo.

En este sentido, mientras menor sea la elasticidad de demanda, mayores tendrán que ser las eficiencias para contrarrestar los efectos contrarios a la competencia derivados de la operación de concentración.

b) *Consumer Welfare Standard («CWS»)*

Bajo este punto de vista, el bienestar del productor no puede servir para compensar el bienestar del consumidor.

En consecuencia, en la compensación se atribuye valor «cero» o «neutro» a los beneficios del productor —o de los accionistas de la empresa—, y sólo se tiene en cuenta el bienestar del consumidor.

En virtud de lo anterior, en la compensación únicamente se tienen en cuenta los perjuicios al consumidor y los beneficios al mismo, y únicamente se aceptan aquellas operaciones que generan eficiencias que arrojen un saldo positivo a favor del consumidor.

Lo relevante bajo el CWS es que las eficiencias generadas por una operación de concentración compensen el incremento de precios de forma que no se produzca un daño al consumidor⁹.

El nivel de eficiencias requerido para realizar una compensación bajo el CWS es, por tanto, notablemente superior que el requerido bajo el TSS.

c) *Conclusión*

Por tanto, y en respuesta a la pregunta planteada al inicio del presente apartado, las eficiencias son tenidas en cuenta en el marco de operaciones de concentración, pero pueden ser evaluadas de diferente forma, dependiendo del tipo de intereses que se quiera proteger.

Subyacente a este tema es el debate de si el fin último de la política de defensa de la competencia es el bienestar de los consumidores o la maximización de eficiencias¹⁰.

⁹ Bajo el CWS, el precio como consecuencia de la operación de concentración no debería incrementarse. No obstante lo anterior, el CWS también admite un incremento de precios, siempre que existan otras eficiencias (mejora de la calidad, nuevos productos, mejor servicio...) que compensen el citado incremento de forma que, en definitiva, no se produzca un daño al consumidor.

¹⁰ En este sentido, sería útil citar las palabras de la entonces subdirectora general de Concentraciones del Servicio de Defensa de la Competencia, N. CALVIÑO, actualmente directora general del Servicio de Defensa de la Competencia: «Aunque la defensa de la competencia no es el instrumento idóneo para realizar una política redistributiva, es indudable que cada sociedad puede atribuir un valor diferente al excedente de los distintos operadores. Si se decide otorgar un mayor valor al excedente del consumidor (lo que resulta coherente con la propia esencia de la defensa de la competencia), esto se proyectaría en el requisito de que las eficiencias, para ser valoradas y fundamentar la autorización de una operación, han de trasladarse al consumidor, requisito común a

En todo caso, del tipo de estándar a defender dependerá el tipo de eficiencias a tener en cuenta y los requisitos para que las mismas puedan ser integradas en el análisis competitivo de una operación de concentración¹¹.

4. ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS EFICIENCIAS. ¿ARGUMENTO DE ATAQUE O DE DEFENSA?

A la hora de analizar a un argumento sobre eficiencias pueden escogerse tres estrategias:

- Ignorar el argumento de las eficiencias de forma que el mismo no juegue ningún tipo de papel en la evaluación de una operación de concentración determinada.
- Utilizar el argumento para valorar si es necesario prohibir una operación de concentración (eficiencias como «ofensa» o argumento de «ataque»). En efecto, la autoridad de competencia puede concluir que, como consecuencia de una determinada operación de concentración, un operador se hace «demasiado eficiente», produciéndose el riesgo de que el resto de los competidores sean eliminados del mercado.
- Por último, las eficiencias pueden ser utilizadas como una «defensa», de forma que las concentraciones que, pese a plantear problemas de competencia, generen importantes eficiencias pueden ser autorizadas.

Pues bien, la posibilidad de tener en cuenta las eficiencias generadas por una operación como un motivo para prohibir la misma ha generado numerosas críticas. En efecto, las eficiencias deben constituir un argumento para permitir que una operación de concentración salga adelante, pero no deberían servir de justificación para prohibir la misma.

Pese a que el planteamiento en la actualidad es utilizar las eficiencias como argumento de defensa, lo cierto es que esto no siempre ha sido así.

De forma contraria a lo que inicialmente podría pensarse, en el pasado, la Comisión Europea ha tratado el tema de las eficiencias como cir-

*varios sistemas normativos (el comunitario, el inglés y el español, entre otros). Naturalmente no todas las eficiencias deben ser trasladadas, puesto que entonces se perdería el propio incentivo para la realización de la concentración, pero sí cabe establecer algún tipo de condiciones que garanticen que la operación resultará, en última instancia, en un mayor progreso económico y social, en un mayor bienestar general de la sociedad» («Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2002*, Fundación ICO, pp. 68-92).*

¹¹ Por ejemplo, y como se verá más adelante con mayor detalle, las reducciones en costes fijos no generan reducciones de precios, al menos en el corto plazo. Por tanto, el CWS no va a conceder mucha importancia a este tipo de eficiencia. Por el contrario, bajo el CWS son importantes los costes marginales, ya que tienden a generar una reducción de precios.

cunstancia agravante en el contexto de operaciones de concentración, prohibiendo o sometiendo las mismas a condiciones precisamente como consecuencia de dichas consideraciones:

A título de ejemplo, en el asunto núm. IV/M.050, AT&T/NCR (apartado 30), de 18 de enero de 1991, la Comisión declaró: «*No puede excluirse que las ventajas derivadas de las sinergias puedan dar lugar a la creación o el reforzamiento de una posición de dominio*» (la traducción es nuestra).

Sin embargo, el caso más paradigmático al respecto es el asunto núm. COMP/M.2220, General Electric/Honeywell, de 3 de julio de 2001. De dicho asunto se deduce que la creación de un operador demasiado «eficiente» podría justificar una prohibición por parte de la Comisión Europea. En efecto, en el citado asunto, la Comisión prohibió la adquisición de Honeywell por parte de General Electric precisamente por temor a que determinadas prácticas de empaquetamiento de la entidad fusionada pudieran dar lugar al cierre de mercado de los competidores con el subsiguiente perjuicio para los consumidores. La divergencia de intereses a proteger es patente si se comparan las conclusiones de la Comisión Europea con las de las autoridades americanas, que habían autorizado la operación por ser claramente generadora de eficiencias, pese a que ello significara fortalecer una empresa que en la actualidad ya era el líder del mercado.

No debe negarse que en el pasado también se han producido autorizaciones de operaciones de concentración en base a argumentos de eficiencias. Sin embargo, el análisis de las eficiencias se ha realizado de forma extremadamente cautelosa por parte de la Comisión. En los casos donde las eficiencias se han podido demostrar, las mismas se han aplicado como un elemento adicional o auxiliar para concluir que, de todas formas, una determinada operación de concentración no produce un daño a la competencia.

De hecho, no existe ninguna decisión bajo el antiguo Reglamento de Control de Concentraciones (Reglamento 4064/89) en la que la Comisión haya autorizado una operación de concentración que planteaba problemas de competencia exclusivamente en base a las eficiencias generadas por la misma.

En algunos asuntos, además, la Comisión declara expresamente que las eficiencias sólo se pueden tener en cuenta en aquellos casos donde no existan problemas de competencia. Así, en el asunto núm. IV/M.1313, Danish Crown/Vestjyske Slagterier, de 9 de marzo de 1999 (apartado 198), la Comisión declaró en relación con las eficiencias citadas por las partes lo siguiente: «*El artículo 2 (1) (b) del Reglamento de Control de Concentraciones establece que la Comisión puede tener en cuenta el criterio del progreso técnico y económico contemplado siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para*

la competencia. La creación de una posición de dominio en los mercados identificados [...] implica, por tanto, que el argumento de eficiencias planteado por las partes no puede ser tenido en cuenta en la evaluación de la presente operación de concentración» (la traducción es nuestra)¹².

Por tanto, parece que en el pasado, las eficiencias han servido, bien para atacar una operación de concentración determinada, bien para autorizar operaciones de concentración que, en realidad, no plantean problemas de competencia.

Ello ha llevado a que, en la práctica, las eficiencias hayan jugado un escaso o casi nulo papel en el ámbito del control de concentraciones.

En efecto, a las empresas y a sus asesores no les ha interesado poner sobre la mesa el tema de las eficiencias. En primer lugar, porque es mejor apostar —en la medida de lo posible— por el argumento de que la operación no plantea problemas de competencia.

En segundo lugar, y ello en relación con las operaciones que sin duda planteaban problemas de competencia, ante el riesgo de, no sólo reconocer de antemano el problema, sino que, además, facilitar argumentos a la Comisión a favor de la prohibición de la operación.

Sin embargo, la cuestión que nos interesa es precisamente saber si es posible autorizar una operación de concentración en base a argumentos de eficiencias en casos donde se producen efectos anticompetitivos. Es decir, nos interesa conocer si en el marco normativo actual cabe realizar una verdadera «defensa» de eficiencias.

Estas preguntas se las comienza a plantear la Comisión Europea en el marco de su reforma de la normativa europea de control de concentraciones, al darse cuenta de que existen costes ocultos por el hecho de no considerar las eficiencias generadas por operaciones de concentración. De hecho, sólo teniendo en cuenta adecuadamente los argumentos sobre eficiencias se puede favorecer la creación de empresas verdaderamente competitivas.

El Comisario Mario Monti declaró en julio de 2001: *«no estamos en contra de las operaciones de concentración que crean operadores más eficientes. Dichas operaciones de concentración tienden a beneficiar a*

¹² Véase en el mismo sentido Asunto núm. IV/M.993, Bertelsmann/Kirch/Premiere, de 27 de mayo de 1998, donde la Comisión declaró: *«A este respecto, es preciso subrayar que el criterio del progreso técnico y económico contemplado en la letra b) del art. 1 está sujeto a la reserva de que no se creen obstáculos a la competencia»*. En efecto, El art. 2.1 del antiguo Reglamento núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (Reglamento 4064/89), establecía que, a la hora de determinar si una operación de concentración determinada era compatible con el mercado común, tendría en cuenta, entre otros factores, *«la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia»*.

los consumidores, aunque los competidores puedan sufrir como consecuencia del incremento de competencia»¹³ (la traducción es nuestra).

Con el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento de Control de Concentraciones 4064/1989¹⁴, la Comisión abre por fin el debate sobre la posibilidad de tener en cuenta las eficiencias a la hora de autorizar una operación de concentración que plantea problemas de competencia, haciéndose eco de los comentarios a favor de la conveniencia de autorizar una concentración cuando los beneficios para la economía que resultan de las eficiencias compensen el daño para la economía causado por la reducción de la competencia.

5. NORMATIVA APLICABLE A LAS EFICIENCIAS EN LA ACTUALIDAD. ESTADOS UNIDOS, UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA

En el presente apartado se realizará una breve exposición de cuál es la situación en Estados Unidos, jurisdicción que está a la cabeza en la aplicación del Derecho de la competencia y con la que Europa tiende a tratar de converger a largo plazo.

Examinaremos a continuación cuáles son los requisitos exigidos por la Comisión Europea en la actualidad, una vez admitida de forma expresa la posibilidad de utilizar el argumento de las eficiencias como defensa tras la reforma del Reglamento de Control de Concentraciones y su normativa de aplicación.

Por último, analizaremos la situación concreta aplicable en España en la actualidad y los cambios propuestos en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia al respecto.

A. EL TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN ESTADOS UNIDOS

La doctrina sobre las eficiencias aplicada hoy en Estados Unidos se recoge en el capítulo sobre eficiencias de las *Horizontal Merger Guidelines (Guidelines)*, que fueron revisadas de forma conjunta por el DOJ y el FTC en 1997¹⁵.

Las *Guidelines* han inspirado gran parte de las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, incluyendo el tratamiento de las eficiencias, si bien existen todavía diferencias importantes entre ambos sistemas.

¹³ M. MONTI, «The Future for Competition Policy in the European Union» (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/01/340&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

¹⁴ COM (2001) 745/6, de 11 de diciembre de 2001.

¹⁵ *Horizontal Merger Guidelines*, 8 de abril de 1997 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>).

La primera diferencia es que en Estados Unidos no existe la misma necesidad de demostrar que las eficiencias repercutirán en el bienestar del consumidor, ya que también se consideran eficiencias aquellas que benefician a los productores a expensas de los consumidores. En definitiva, se adopta el estándar TSS y no el CWS.

La segunda diferencia es que en Estados Unidos el enfoque es eminentemente práctico. Son ya muchos años valorando eficiencias en numerosos casos y las agencias han establecido criterios que permiten a las empresas predecir si una determinada eficiencia va o no a ser admitida. El método es sencillo, se calculan los ahorros de costes y se determina si compensan las pérdidas por las potenciales subidas de precios y otros costes que resultan de la reducción de competencia. Las *Guidelines* aclaran que las eficiencias más fáciles de demostrar son las economías de alcance que resultan de la fabricación de productos de modo conjunto a partir de activos que estaban separados. Estas economías de alcance tienen un carácter inherente a la concentración, son verificables y afectan al coste marginal de producción. Por el contrario, los ahorros en políticas de I+D o la reducción de *x-ineficiencias* son difícilmente verificables.

Pero en la actualidad predominan las similitudes con Europa. Así, las *Guidelines* advierten que es altamente improbable que una concentración que produzca efectos anticompetitivos graves pueda autorizarse invocando unos aumentos de eficiencia —y las Directrices Horizontales recogen una advertencia muy similar en el párrafo 84—.

B. EL TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN EUROPA

a) *Normativa aplicable*

Las eficiencias no se han tenido en cuenta «oficialmente» hasta 2004 con la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Control de Concentraciones 139/2004¹⁶ (el «Reglamento de Control de Concentraciones»), que introduce por primera vez el término eficiencias, reconociendo expresamente el papel fundamental que las eficiencias están llamadas a desempeñar en el ámbito del control de las concentraciones económicas.

En la misma línea, las Directrices Horizontales desarrollan y clarifican los requisitos a tener en cuenta a la hora de defender que una operación de concentración determinada genera eficiencias que determinan que dicha operación debería ser autorizada.

Por último, resultan relevantes las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado¹⁷ [en adelante «Directri-

¹⁶ DOUE, L 24, de 29 de enero de 2004, pp. 1 ss.

¹⁷ DOUE, C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 97 ss.

ces 81 (3)»], que tratan la cuestión de las eficiencias en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la competencia¹⁸ y que, tal y como veremos, pueden resolver alguna duda mediante una interpretación analógica, siempre realizada con cierta prudencia¹⁹.

b) *Orientación del Derecho europeo de control de concentraciones*

i) *¿Total Surplus Standard o Consumer Welfare Standard?*

No cabe duda de que en el centro de la política europea de la competencia se encuentra la protección del consumidor. Tal y como veremos, bajo el presente Reglamento de Control de Concentraciones, al igual que bajo el anterior, el requisito básico para que las eficiencias puedan tenerse en cuenta es que las mismas beneficien a los consumidores.

Es decir, bajo el Derecho europeo de control de concentraciones, productor y consumidor no tienen el mismo peso, quedando la balanza claramente a favor de este último²⁰. Por tanto, las ganancias de las empresas o los productores deben considerarse neutras y no pueden servir para compensar los perjuicios causados al consumidor.

El estándar europeo exige, por tanto, la existencia de eficiencias sustanciales para permitir que operaciones contrarias a la competencia se lleven a cabo.

¹⁸ Al fin y al cabo, las empresas tratan de alcanzar ganancias de eficiencias a través de múltiples formas, no sólo concentraciones económicas, sino también alianzas estratégicas, empresas en participación, acuerdos de licencia, de distribución, etc.

¹⁹ Los acuerdos restrictivos de la competencia a los que les son aplicables las Directrices 81 (3) y las operaciones de concentración a las que le son aplicables las Directrices Horizontales no son plenamente asimilables. En efecto, las operaciones de concentración entre empresas representan la máxima restricción a la competencia por varias razones. En primer lugar, en cuanto al ámbito de coordinación de actividades se refiere. Si bien con excepciones, la cooperación entre empresas suelen limitarse a aspectos específicos de la cadena de producción y comercialización de un determinado producto, mientras que en las operaciones de concentración suele producirse una integración total de actividades. En segundo lugar, y lo que es más importante, las operaciones de concentración son irreversibles, por lo que la autorización se concede sin límite temporal alguno. Por el contrario, la exención contenida en el apartado tercero del art. 81 CE se aplica en cuanto se cumplan las cuatro condiciones, pero deja de aplicarse en cuanto no sea así, con la excepción de aquellos efectos de un acuerdo que sean irreversibles [apartados 44 y 45 de las Directrices 81 (3)]. Por último, las Directrices 81 (3) únicamente permiten tener en cuenta las eficiencias en la medida en que no se produzca una eliminación de la competencia, mientras que en el ámbito de control de concentraciones estamos ante eficiencias que deben ser tenidas en cuenta precisamente para compensar los efectos perniciosos para la competencia que, de no existir dichas eficiencias, se producirían. Por todas estas razones, las Directrices 81 (3) podrían en cierta forma ser consideradas más permisivas que las Directrices Horizontales. De todo lo anterior se deduce que la interpretación analógica anteriormente citada debe realizarse con prudencia.

²⁰ Existen opiniones a favor de conferir importancia también a las empresas (el productor). En principio, los que se benefician de las eficiencias son sus accionistas, quienes, al fin y al cabo, también son consumidores. La sociedad también se beneficia cuando, gracias a las eficiencias, se generan y se desarrollan empresas verdaderamente competitivas en el mercado.

- ii) ¿Eficiencias como argumento de defensa exclusivamente o cabe utilizar las eficiencias como argumento de ataque bajo el nuevo régimen de control de concentraciones?

Esta pregunta no resulta fácil de responder.

En principio, la redacción del art. 2 (1) (b) del Reglamento 139/2004 permanece inalterada, estableciendo que, en su evaluación, la Comisión tendrá en cuenta *«el desarrollo del progreso técnico o económico siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia»*.

Surgen, por tanto, dudas de si las eficiencias pueden ser utilizadas como verdadera «defensa», dado que, al igual que bajo el régimen anterior, el nuevo Reglamento de Control de Concentraciones continúa exigiendo que no se produzca un obstáculo a la competencia.

Por su parte, el expositivo 29 del Reglamento de Control de Concentraciones aclara las dudas citadas al establecer que *«para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas. Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores, que en caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, ésta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo...»*.

Se admite, por tanto, de forma expresa, que la Comisión tenga en cuenta las eficiencias como argumento de defensa a la hora de analizar operaciones que plantean problemas de competencia.

Sin embargo, el hecho de que esta precisión se haya hecho en un expositivo y no se haya modificado el art. 2 (1) (b) del Reglamento de Control de Concentraciones ha sido objeto de críticas, ya que en la práctica se ha conferido a la Comisión un amplio margen de discrecionalidad a la hora de aplicar su política sobre eficiencias, pudiendo utilizar las mismas como argumento de ataque en el futuro.

No obstante lo anterior, la Comisión, por su parte, ha aclarado la forma en la que piensa aplicar en el futuro el argumento de las eficiencias en las Directrices Horizontales.

Nótese que en el borrador de Directrices publicado por la Comisión para comentarios, la Comisión aludía expresamente a la posibilidad de tener en cuenta las eficiencias como argumento de ataque. Así, entre los elementos que podrían determinar que existía una posición de dominio se

encontraban eficiencias como los ahorros de costes. Esta previsión generó múltiples críticas, por lo que la Comisión eliminó la misma del texto final vigente en la actualidad.

El texto final de las Directrices Horizontales²¹ establece lo siguiente: *«es posible que las eficiencias derivadas de una concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que la misma podría tener en caso contrario».*

Por tanto, parece que a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Control de Concentraciones y de la política anunciada por la Comisión en sus Directrices Horizontales, las eficiencias pueden ser tenidas en cuenta como argumento para autorizar una operación de concentración que plantea problemas de competencia.

No puede, sin embargo, excluirse que las eficiencias puedan ser utilizadas como argumento de ataque en determinados supuestos. Como se mencionó anteriormente, el art. 2 (1) (b) del Reglamento de Control de Concentraciones puede servir de base a la misma y, pese a las modificaciones realizadas durante el procedimiento de revisión de la normativa y las aclaraciones realizadas por la Comisión, no se ha realizado ningún pronunciamiento expreso en el Reglamento que impida a la Comisión prohibir concentraciones en base a eficiencias.

c) *Requisitos para demostrar la existencia de eficiencias*

La Comisión Europea especifica y desarrolla los requisitos a tener en cuenta para demostrar la existencia de eficiencias que puedan contrarrestar los posibles obstáculos a la competencia de una concentración en las Directrices Horizontales.

A continuación analizaremos los criterios generales sentados por las Directrices Horizontales y las principales cuestiones que hasta el momento han surgido en relación con la aplicación práctica de las mismas. De todas formas, es preciso tener en cuenta que el tema de las eficiencias es complejo y la solución a problemas específicos debería realizarse mediante un examen caso por caso.

En el apartado 78 de las Directrices Horizontales se establece que, para que la Comisión Europea pueda tener en cuenta las eficiencias invocadas en su evaluación de la concentración y llegar a la conclusión de que gracias a las mismas no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común, las eficiencias deben beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables.

²¹ «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones económicas entre empresas (2004/C 31/03)», *DOUE*, C 31/5, 5 de febrero de 2004.

Estas condiciones, según la Comisión, son cumulativas, esto es, basta con que no se supere una de ellas para que el argumento de las eficiencias no pueda prosperar.

i) Beneficio para los consumidores

Como se citó anteriormente, el art. 2 (1) (b) del Reglamento exige que para que se puedan tener en cuenta las eficiencias es preciso que las mismas beneficien a los consumidores. Se trata, como no podía ser de otra forma, de una condición inherente a cualquier sistema normativo orientado hacia el CWS²².

La primera cuestión que se nos plantea al analizar la condición de beneficio para los consumidores es, precisamente, cuál es la noción de consumidor a los efectos del análisis de eficiencias. La propia Comisión aclara en sus Directrices Horizontales que el concepto de consumidor a estos efectos abarca a los consumidores medios y finales, es decir, a los usuarios de los productos cubiertos por la concentración²³.

Ante el silencio de las Directrices Horizontales, no parece que sea necesario que las eficiencias se repercutan a lo largo de la cadena de producción o distribución hasta llegar al consumidor final, lo que, de todas formas, plantearía enormes problemas de prueba.

La Comisión también precisa que el término consumidores incluye también a los clientes, potenciales o reales, de las partes de la concentración. Es decir, el análisis debe ser global y dinámico y tendrá en cuenta cualquier consumidor que, pese a no ser cliente de las partes, podría llegar a serlo con un suficiente grado de probabilidad, de forma que no sufran un daño como consecuencia de la decisión de la Comisión autorizando la operación.

Una cuestión diferente sería si las eficiencias podrían considerarse transmitidas al consumidor cuando sólo una parte de los mismos se beneficia de aquéllas o si, por el contrario, es preciso que las eficiencias sean transmitidas a todos los consumidores. Por ejemplo, ¿sería suficiente con

²² Véase a título de ejemplo el Asunto núm.(FF)IV/M.774, Saint Gobain/Wacker Chemie, de 4 de diciembre de 1996, donde la Comisión reconoce las sinergias potenciales de la operación (especialmente en una de las fábricas del grupo), pero considerando que no se había demostrado que dichas eficiencias se repercutirían a los consumidores declaró: «la posibilidad de un aumento de precios del producto como consecuencia de la operación no queda compensada por las sinergias potenciales» (apartado(FF)246).

²³ Nota al pie 105 de las Directrices Horizontales. Las Directrices 81 (3) apuntan hacia el mismo sentido cuando establecen que: «a efectos del apartado tercero del art.(FF)81 del Tratado, se entiende por consumidores los clientes de las partes del acuerdo y los posteriores compradores. Los clientes pueden ser empresas, como en el caso de los compradores de maquinaria industrial o de productos para una ulterior transformación, o consumidores finales, como, por ejemplo, en el de la compra de helados de consumo impulsivo o de bicicletas».

que las eficiencias se repercutan únicamente a un segmento de los consumidores de un determinado producto, como los grandes compradores? No creemos que pueda responderse afirmativamente a esta cuestión, ya que estimamos altamente improbable que la Comisión se muestre dispuesta a sacrificar a un grupo de consumidores en beneficio de otros. En este sentido, además, la propia Comisión establece en las Directrices 81 (3) que las eficiencias deben incidir de forma global sobre los consumidores de productos del mercado de referencia, y no en miembros individuales de ese grupo de consumidores. De todas formas, quizá sería suficiente con que las eficiencias se transmitan únicamente a aquellos consumidores que resultaran perjudicados por una operación de concentración en cuestión. No obstante lo anterior, éstas son cuestiones a las que la Comisión tendrá que dar respuesta en los casos que se le presenten en el futuro y que por ahora nos conformamos con plantear.

Las Directrices 81 (3) siguen arrojando luz en cuanto al requisito de la transmisión de eficiencias al consumidor, estableciendo que no es necesario que todas y cada una de las eficiencias invocadas se repercutan en los consumidores. Lo verdaderamente relevante es que los consumidores se vean plenamente compensados y que se les reserve una participación equitativa en el conjunto de los beneficios resultantes. Así, por ejemplo, un incremento de precios puede compensarse a través de una mayor calidad de productos u otras eficiencias.

Por otro lado, las Directrices Horizontales establecen que las eficiencias han de beneficiar, en principio, a los consumidores de aquellos mercados de referencia en los que, de lo contrario, probablemente surgirían problemas de competencia²⁴. Por tanto, como regla general, la Comisión no va a admitir que las eficiencias se produzcan en un mercado diferente al mercado en el que se producen efectos anticompetitivos como consecuencia de la operación de concentración.

No obstante lo anterior, pueden producirse excepciones, ya que las propias Directrices Horizontales introducen el matiz «en principio». Lo importante en este caso es que el saldo neto a favor de los consumidores resulte positivo.

De hecho, ésta es la posición de las Directrices 81 (3) cuando establece que *«en principio, los efectos negativos para los consumidores en un mercado geográfico o mercado de producto no pueden compararse ni compensarse con los efectos positivos para los consumidores de otro mercado geográfico o mercado de producto ajeno a él. No obstante, cuando dos mercados están vinculados, pueden tomarse en consideración las eficiencias obtenidas en mercados diferentes, siempre y cuando el grupo de consumidores afectado por la restricción y el beneficiario de las mejoras de eficiencia sean sustancialmente idénticos (tal y como la Comisión deduce del asunto T-86/95, Compagnie Générale Maritime y*

²⁴ Apartado 79 de las Directrices Horizontales.

otros (apartados 343 a 345), donde el TPI declaró que el apartado 3 del art. 81 TCE no requiere que los beneficios estén vinculados a un mercado específico y que en ocasiones se puede tener en cuenta otros mercados en los que el acuerdo tenga efectos beneficiosos. En dicho asunto el grupo de consumidores era el mismo)».

De las Directrices 81 (3) parecen deducirse, por tanto, dos requisitos para que se puedan tener en cuenta eficiencias en mercados diferentes al afectado por la concentración. La primera, que los mercados estén vinculados. La segunda, que el grupo de consumidores que «sufre» los efectos anticompetitivos en un mercado y se «beneficia» de las supuestas eficiencias sea el mismo.

De hecho, la importancia de no tener en cuenta mercados estancos se ha puesto de relieve por algunos autores en el pasado. En efecto, las —a veces estrechas— definiciones de mercado realizadas por las autoridades de competencia pueden llevar a bloquear una operación de concentración por supuestos efectos anticompetitivos en un mercado muy pequeño, a pesar de tener por efecto importantes eficiencias en mercados mayores y más importantes, especialmente en los supuestos en los que el grupo de consumidores es el mismo.

A la hora de analizar los incentivos que pueden tener las empresas para transmitir al consumidor las eficiencias alcanzadas como consecuencia de una operación de concentración, hay que tener en cuenta la llamada «tasa de transmisión» a la que hace referencia la Comisión Europea en sus Directrices 81 (3). En efecto, la Comisión entiende que, pese a que las empresas pueden tener incentivos para transmitir al consumidor ciertos tipos de eficiencias, ello no implica que la tasa de transmisión sea efectivamente del 100 por 100. La tasa real de transmisión depende de la elasticidad de la demanda, esto es, de la medida en que los consumidores reaccionan ante las variaciones de precios del producto o servicio en cuestión. Así, en caso de demanda elástica en la que no es posible practicar una discriminación de precios, la reducción afectaría a todas las unidades vendidas por la empresa en cuestión. En el caso contrario, esto es, en el supuesto de que sea posible para la empresa en cuestión practicar una discriminación de precios al ser la demanda de un determinado producto o servicio inelástica, entonces la tasa de transmisión será menor y sólo beneficiará a aquellos consumidores sensibles a los precios.

Por último, nos planteamos qué sucedería si las eficiencias que se generan benefician a consumidores de jurisdicciones diferentes a las investigadas por la Comisión Europea. En principio, podría pensarse que cada jurisdicción tiene que tener en cuenta los efectos anticompetitivos y las eficiencias generadas en su propio territorio, al ser efectivamente éste el único ámbito en relación con el cual van a ser competentes para obtener la información necesaria para realizar su análisis. Sin embargo, exis-

ten voces que señalan que el tema de las eficiencias debería considerarse de forma global. Ésta sería intuitivamente la solución más justa, pero quizá la más difícil de llevar a cabo en la práctica, dadas las dificultades para obtener toda la información necesaria y ponderar intereses que, en ocasiones, podrían ser divergentes en función de la jurisdicción en cuestión.

ii) Eficiencias identificadas en las Directrices Horizontales

La condición del beneficio para los consumidores implica, en primer lugar, medir el efecto en precios de una operación de concentración determinada. Si bien dicho efecto en precios es importante, también lo es la mejora de la calidad, la aparición de nuevos productos, etc.

Así lo reconoce la propia Comisión Europea en sus Directrices Horizontales²⁵. En primer lugar, la Comisión identifica como eficiencia la reducción de precios²⁶, si bien reconoce que los consumidores también pueden beneficiarse de productos o servicios nuevos o mejorados, por ejemplo, a raíz de un aumento de la eficiencia en el ámbito de la investigación y el desarrollo o la innovación. Es necesario también tener en cuenta las eficiencias que aumentan el incentivo de una empresa para aumentar la producción y bajar los precios, reduciendo posibles efectos coordinados existentes en el mercado de referencia.

La Comisión también puntualiza que no pueden tenerse en cuenta reducciones de costes que sean consecuencia de una reducción anticompetitiva de la producción.

En el marco de la reducción de precios, la Comisión explicita que los ahorros de costes variables o marginales tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de costes fijos, ya que es más probable que sean las primeras las que acaben dando lugar unos precios más bajos para los consumidores²⁷.

La reducción de costes —variables o marginales— se torna así en uno de los elementos más relevantes a la hora de diseñar una estrategia de defensa en base a eficiencias. En efecto, la Comisión estima que es el tipo de eficiencia que es más probable que dé lugar a una reducción de precios en beneficio del consumidor.

²⁵ Apartado 80 de las Directrices Horizontales.

²⁶ A nuestro juicio, el efecto neutro en precios también tendría que ser incluido en este grupo. De hecho, la Comisión, en sus Directrices 81 (3), establece que el efecto de un acuerdo debe ser al menos neutro desde el punto de vista de aquellos consumidores que son afectados por el acuerdo. En dicho supuesto, la Comunicación establece que, pese a dicho efecto neutro, la sociedad sale beneficiada cuando las eficiencias permiten, bien utilizar menos recursos para generar la producción consumida, bien producir bienes de mayor valor, lo que redundaría en una asignación más eficaz de los recursos.

²⁷ Para una explicación detallada de las razones por las que la Comisión llega a esta conclusión véase el apartado 98 de las Directrices 81 (3).

Sin embargo, la distinción entre costes variables o marginales y costes fijos operada por la Comisión ha sido objeto de críticas, por resultar demasiado artificial, precisamente porque, teniendo en cuenta una perspectiva dinámica, algunos costes fijos podrían ser considerados como variables. En efecto, reducciones de costes fijos pueden dar lugar a reducciones de precios o a otras eficiencias de carácter más cualitativo²⁸ a largo plazo, ya que en dicho ámbito temporal el objetivo de las empresas es recuperar sus costes totales²⁹.

A la hora de calcular las eficiencias de costes es necesario, además, tener en cuenta todas las eficiencias en el conjunto de la estructura de costes de una empresa. En este sentido, puede que se produzca una reducción de los costes de producción de un 6 por 100. Sin embargo, es necesario comprobar qué proporción representan dichos costes en relación con los costes totales de la empresa. Si los costes de producción únicamente implican un tercio de los costes a partir de los que se determina el precio, entonces en realidad la reducción de los costes totales sería únicamente de un 2 por 100³⁰.

iii) Las eficiencias trasladadas al consumidor deben ser sustanciales

Las Directrices Horizontales especifican que las eficiencias han de ser suficientemente sustanciales como para compensar el perjuicio potencial que una operación de concentración pueda ocasionar a los consumidores³¹.

Las Directrices exigen además que las eficiencias sean transmitidas al consumidor «en un grado suficiente». Esta condición depende, a su vez, del grado de competencia en el mercado y de las barreras de entrada³².

Por tanto, mientras más anticompetitivo sea el efecto de una operación de concentración determinada, mayor traslado de eficiencias a los consumidores se requerirán para realizar la compensación. El carácter sustancial de las eficiencias se modula así en una escala móvil que varía en función de los efectos anticompetitivos de la operación.

Existe una escala móvil similar en las Directrices 81 (3) de la Comisión, en virtud de la cual cuanto mayor sea la restricción a la competencia en relación con el apartado 1 del art. 81 CE, mayores deberán ser las eficiencias y la participación de los consumidores en las mismas³³.

²⁸ Por ejemplo, una reducción de costes fijos puede liberar algunos recursos de la empresa para, por ejemplo, invertir en actividades de investigación y desarrollo.

²⁹ La propia Comisión Europea matiza que es en el corto plazo cuando la relación entre costes fijos y precios es menos directa.

³⁰ Apartado 100 de las Directrices 81 (3).

³¹ Apartado 86 de las Directrices Horizontales.

³² Apartado 84 de las Directrices Horizontales.

³³ Nótese que en el ámbito del apartado tercero del art. 81 CE se establece un umbral máximo

Es lógico pensar que el grado de transmisión de eficiencias a los consumidores será mayor cuanto mayor rivalidad exista en el mercado. Sin embargo, si la cuestión dependiera exclusivamente de este último aspecto, las eficiencias sólo se tendrían en cuenta en aquellos supuestos en los que las mismas no están llamadas a desempeñar un papel fundamental, esto es, en los supuestos donde en primer lugar no se plantean problemas de competencia. Han surgido críticas en este sentido, afirmándose que el requisito de transmisión de eficiencias a los consumidores juega un papel importante, precisamente, cuando menos importa³⁴.

Sin embargo, tal y como se discutió anteriormente, no se requiere que las eficiencias sólo jueguen un papel cuando una operación de concentración genera efectos anticompetitivos limitados. Nótese que esta previsión fue realizada por la Comisión en el Borrador de Directrices Horizontales publicado para comentarios, pero fue finalmente eliminada del texto definitivo³⁵. Por tanto, incluso en los casos de obstaculización significativa de la competencia efectiva cabe el examen de eficiencias.

Lo que el requisito de sustancialidad requiere en este contexto es que las eficiencias sean de un alcance tal que permitan contrarrestar la hipotética eliminación de la competencia en el mercado. Es decir, puede crearse o reforzarse una posición de dominio, pero si la operación de concentración genera eficiencias, como, por ejemplo, la reducción de precios en el mercado, entonces la operación puede autorizarse.

Lo que sí establece la Comisión de forma expresa en sus Directrices Horizontales es un umbral máximo a partir del cual es probable que una operación de concentración no pueda compensarse a través de eficiencias, incluso si las mismas son sustanciales. Es el caso de aquellas concentraciones que conduzcan a una posición de mercado próxima al monopolio o a un grado similar de poder de mercado³⁶. Téngase en cuenta que la Comisión no excluye totalmente la posibilidad de autorización, sino que sienta una alta presunción en contra de conceder la misma. En la práctica, parece que esta afirmación va a ser difícil de cuestionar.

Por último, pese a no abordarse de forma expresa en las Directrices Horizontales, un aspecto a tener en cuenta en relación con el requisito de la sustancialidad es la cuestión de los efectos acumulativos. En este sentido, es posible que las eficiencias inducidas por una operación de concentración, a pesar de no ser sustanciales, se repliquen de alguna forma por los rivales de las partes durante un período determinado. Si esto fuera así

para la compensación de eficiencias consistente en la no eliminación de la competencia en el mercado.

³⁴ Para una discusión al completo sobre esta cuestión véase el apartado 5.2.2.ii) anterior.

³⁵ En concreto, el borrador de Directrices Horizontales de la Comisión recogía la siguiente previsión: «es más probable que las eficiencias se juzguen determinantes si son sustanciales y además los posibles efectos anticompetitivos de la concentración son limitados». Esta previsión ha sido eliminada del texto final de las Directrices Horizontales.

³⁶ Las autoridades americanas también incluyen en esta previsión.

sería necesario, como no podría ser de otra forma, moderar el requisito de la sustancialidad.

iv) El requisito de la prontitud de las eficiencias

Las Directrices Horizontales también especifican que la condición de beneficios al consumidor debe enmarcarse en un requisito temporal.

En este sentido, no se requiere que la transmisión de beneficios al consumidor sea instantánea, pero las eficiencias deben producirse con «prontitud» para que puedan considerarse un factor compensatorio, entendiéndose que, mientras más largo sea el plazo previsto para la materialización de las eficiencias, menor será la importancia que pueda conferirles a las mismas la Comisión³⁷.

A efectos de garantizar cierta seguridad jurídica, se ha propuesto que la extensión concreta del requisito temporal se especifique de alguna forma. Algunos autores han propuesto un plazo máximo de cuatro años para que una determinada eficiencia se materialice. También se ha sugerido que las eficiencias que se materialicen más allá de un plazo de veinte años no sean tenidas en cuenta por la Comisión. No obstante lo anterior, entendemos que la fijación de plazos predeterminados podría plantear problemas en la práctica y que es más conveniente realizar un examen de eficiencias caso por caso.

El requisito de la prontitud es relevante a la hora de examinar el argumento de reducción de costes. Como se detalló anteriormente, si se mira a largo plazo, determinados ahorros de costes fijos, que inicialmente no son tenidos en cuenta por la Comisión, pueden ser repercutidos a los consumidores bajo la forma de mejores precios u otro tipo de eficiencias de carácter más cualitativo [véase para mayor detalle el apartado 5.B.c.ii) anterior].

Otra cuestión interesante en relación con el requisito de la prontitud es si las eficiencias deberían corresponderse en el tiempo con el efecto anti-competitivo de una determinada operación de concentración. En principio, no tendría que haber obstáculo para que un efecto anticompetitivo actual se compensara con una eficiencia futura, o viceversa, siempre que la compensación arroje un saldo neto positivo a favor del consumidor. De todas formas, interesa destacar que, bajo el marco normativo actual, no se requiere que los efectos anticompetitivos superen una condición de prontitud como la que tienen que superar las eficiencias llamadas a compensar aquéllos.

Podemos encontrar información adicional sobre esta cuestión en las Directrices 81 (3), que reconocen de forma expresa esta posibilidad. Ajust-

³⁷ Apartado 83 de las Directrices Horizontales.

tando el requisito temporal al principio de proporcionalidad, las Directrices 81 (3) especifican que el hecho de que una eficiencia se consiga en un período largo de tiempo determina que la eficiencia tenga que ser mucho mayor, de forma a compensar suficientemente las pérdidas incurridas por los consumidores durante dicho período³⁸. Ejemplo de este supuesto puede ser el caso de las eficiencias alcanzadas a través de la innovación. Mediante actividades de investigación y desarrollo de dos empresas complementarias pueden lograrse eficiencias sustanciales (aparición de un nuevo producto que sin la operación de concentración no podría aparecer o lo haría de forma mucho más lenta), pero dichas eficiencias se generarán en un lapso de tiempo más extenso.

En este sentido, a la hora de probar una eficiencia futura, la Comisión específica —de forma sumamente útil— que una mejora futura no tiene el mismo valor que una pérdida actual del mismo valor nominal³⁹. A la hora de realizar una compensación de pérdidas actuales y mejoras futuras es preciso, según la Comisión, descontar el valor actual para los consumidores de las futuras mejoras aplicando una tasa de descuento que debería reflejar la tasa de inflación y el interés perdido, indicadores de la reducción del valor de las futuras mejoras.

Habría que plantearse también el supuesto contrario. ¿Qué sucede si las eficiencias se alcanzan con mayor rapidez pero existe el riesgo de que con posterioridad a la operación de concentración se produzcan efectos anticompetitivos?⁴⁰ Imaginemos el supuesto de una concentración que permita introducir un determinado producto en el mercado con varios años de antelación, pese al riesgo de que, con posterioridad, se cree o se refuerce una posición de dominio que permita a la entidad resultante incrementar los precios. En dicho caso, la Comisión estima que puede realizarse una compensación, y que el valor de las eficiencias actuales tiene que compensar el valor de los perjuicios futuros. Nótese, sin embargo, que aún existe el riesgo de que la Comisión utilice el argumento de las eficiencias como un «ataque» de la operación⁴¹ si las ganancias actuales son inferiores a las pérdidas futuras, por lo que el elemento de la prueba constituye un aspecto fundamental a tener en cuenta en ese supuesto de hecho.

³⁸ Apartado 87 de las Directrices 81 (3).

³⁹ Apartado 88 de las Directrices 81 (3).

⁴⁰ Apartado 89 de las Directrices 81 (3). La Comisión introduce aquí un ejemplo interesante de un acuerdo que permita a dos fabricantes introducir en el mercado unos neumáticos más seguros con tres años de adelanto, pero que tenga también como consecuencia que se aumente el poder de mercado de los mismos, produciéndose una subida de precios de un 5 por 100. En este caso, la Comisión estima que: «es probable que el acceso más rápido a un producto sustancialmente mejorado compense con creces el aumento de precios».

⁴¹ Por ejemplo, la Comisión podría concluir que la entidad resultante de la fusión podría practicar precios predatorios.

v) Carácter inherente a la operación de concentración de las eficiencias

La Comisión Europea declara en sus Directrices Horizontales que las eficiencias deben ser consecuencia directa de la operación notificada y no pueden materializarse en la misma medida a través de soluciones alternativas menos anticompetitivas⁴².

Así, la Comisión no tendrá en cuenta eficiencias que podrían alcanzarse mediante soluciones alternativas, ya sean de carácter concentrativo o no concentrativo como, por ejemplo, la creación de una empresa en participación sin plenas funciones, la conclusión de la acuerdos de licencia, de especialización, la expansión interna, desinversión, etc.⁴³

A la hora de probar la indispensabilidad de la operación de concentración para alcanzar las eficiencias alegadas, un indicador útil, por su posibilidad de cuantificación, es el criterio de los costes. Si una operación de concentración es la forma menos costosa de alcanzar una determinada eficiencia, podría concluirse que un acuerdo de cooperación no resulta en realidad una alternativa a tener en cuenta porque las partes no lo concluirían.

Un segundo indicador para demostrar el carácter inherente a la concentración de las eficiencias es la noción de «escala mínima de eficacia»⁴⁴. Por escala mínima de eficacia se entiende el nivel de producción necesario para reducir al mínimo los costes medios de una empresa y agotar sus economías de escala. Cuanto mayor sea la escala mínima de eficacia en comparación con las dimensiones de cualquiera de las partes de la operación de concentración, más probable será que las eficiencias se consideren inherentes a la misma.

Al analizar el requisito de la indispensabilidad, la Comisión no está sino «juzgando» la decisión de las partes de fusionarse y conjeturando sobre lo que sucedería si la operación no se lleva a cabo. En efecto, si la Comisión concluye que existe otra alternativa, la operación no se autorizará. Sin embargo, ¿dónde está el límite? ¿Hasta dónde puede «conjeturar» la Comisión?

La Comisión trata de salir al paso de estas cuestiones declarando que sólo considerará alternativas razonablemente practicables⁴⁵. Parece, por

⁴² Apartado 85 de las Directrices Horizontales.

⁴³ La consideración de soluciones alternativas debe, sin embargo, realizarse con prudencia. En ocasiones, la solución alternativa también podría ser considerada anticompetitiva. Si una operación de concentración entre A y B es anticompetitiva, probablemente un acuerdo de cooperación horizontal entre las mismas también lo será.

⁴⁴ Ver apartado 76 de las Directrices 81 (3).

⁴⁵ El apartado 85 de las Directrices Horizontales establece que: «La Comisión sólo considera alternativas que resulten razonablemente prácticas de la situación comercial en la que se encuen-

tanto, que la Comisión va a ser cauta a la hora de considerar posibles alternativas que, de existir, determinarían que la operación de concentración pudiera ser objeto de una prohibición.

Las declaraciones de la Comisión al respecto son bienvenidas. En efecto, la Comisión no debería embarcarse en un examen pormenorizado y teórico de todos y cada uno de los medios alternativos supuestamente menos restrictivos. Esto no sería realista ni proporcionado para las partes, que se verían obligadas a probar una —probablemente ilimitada— lista de hipótesis para conseguir que su defensa de eficiencias fuera admitida por la Comisión Europea.

A nuestro juicio, para la Comisión debería ser suficiente con que se demuestre que es probable que las eficiencias se alcancen con la operación de concentración y de que es improbable que se alcancen en ausencia de la misma.

En este sentido, nótese que en el ámbito del art. 81 TCE el análisis no es tan rígido. Lo relevante en el caso de acuerdos restrictivos es analizar si cada una de las restricciones contenidas en el mismo permite probablemente o no realizar la actividad con más eficacia que en su ausencia. En palabras de la Comisión, la cuestión no es si, de no haber restricción, no se habría celebrado el acuerdo, sino si con el acuerdo o la restricción se generan más eficiencias que sin ellos⁴⁶.

La Comisión puntualiza además en las Directrices 81 (3) que a la hora de interpretar el requisito de la indispensabilidad, las empresas que lo invocan no están obligadas a plantear alternativas de índole hipotética o teórica. Deben atenderse a las condiciones del mercado y a las realidades comerciales que afrontan las partes del acuerdo. La Comisión ha admitido expresamente que no realizará interpretaciones sobre el criterio económico de las partes y que sólo intervendrá cuando sea razonablemente claro que hay alternativas reales y factibles. En ese último caso, las partes tan sólo deben explicar y demostrar por qué las citadas alternativas resultarían claramente menos eficaces que el acuerdo restrictivo de la competencia.

Aunque los requisitos de las Directrices 81 (3) podrían resultar en cierta manera más laxos que los previstos en las Directrices Horizontales, las afirmaciones de la Comisión recogidas anteriormente deberían ser plenamente aplicables a las operaciones de concentración entre empresas. La carga de la prueba del carácter inherente de la operación de concentración no debería ser sustancialmente superior, so pena de estar estableciendo una especie de «prueba diabólica», privando así al argumento de las eficiencias de toda efectividad práctica.

tran las partes que van a fusionarse, teniendo en cuenta las prácticas consolidadas en el sector correspondiente».

⁴⁶ Apartado 74 de las Directrices 81 (3).

vi) Las eficiencias deben ser verificables

La Comisión declara en sus Directrices Horizontales que para tener una seguridad «razonable» de que las eficiencias se materializarán, éstas tienen que ser verificables.

A estos efectos, la Comisión establece que las eficiencias y los beneficios a los consumidores deberán cuantificarse en la medida de lo posible. Cuando no estén disponibles los datos necesarios para realizar un análisis cuantitativo exacto, debe ser posible prever un impacto positivo manifiesto —no marginal— en los consumidores⁴⁷.

Resulta evidente que el principal escollo para que una defensa basada en eficiencias tenga éxito consiste precisamente en la dificultad para cumplir el requisito de la verificabilidad⁴⁸. En efecto, el análisis de eficiencias generadas por una operación de concentración determinada está basado en meras anticipaciones. Es extremadamente difícil que, en el caso concreto, las partes puedan realizar una demostración completa *ex ante* de las mismas. Mucho más si tenemos en cuenta que no es en absoluto extraño que determinadas operaciones de concentración no hayan alcanzado las expectativas previstas.

La información necesaria para justificar las eficiencias se encuentra en la Sección 9 del Formulario CO, relativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento 139/2004⁴⁹ (en adelante «Formulario CO»).

Las partes deberían realizar la mayor cuantificación en la medida de lo posible, aunque, a veces, el análisis podría ser más cualitativo que cuantitativo. Sin embargo, no debería enfatizarse demasiado la necesidad de cuantificación. Ello provocaría que eficiencias más cuantificables tuvieran mayor peso que otras eficiencias menos cuantificables pero igualmente importantes (por ejemplo, las eficiencias dinámicas).

De hecho, y pese a que podría estimarse lo contrario, ésta también es la opinión que la Comisión Europea refleja en sus Directrices 81 (3)

⁴⁷ Apartado 86 de las Directrices Horizontales.

⁴⁸ La extrema dificultad para demostrar eficiencias es patente si se tiene en cuenta la escasa aplicación práctica de este argumento por parte de la Comisión en el pasado. La primera prohibición de la Comisión en el marco del derecho de control de concentraciones, en el Asunto núm. IV/M.053, *Aerospaiale-Alenia/de Havilland*, de 2 de octubre de 1991, se debió, entre otras cosas, a la falta de prueba de las eficiencias alegadas (apartados 65 en adelante). Otros asuntos donde el argumento de eficiencias ha sido examinado sin éxito son los Asuntos núm. M.126, *Accor/Wagons-Lits*, de 28 de abril de 1992; núm. M.469, *MSG Media Service*, de 9 de noviembre de 1994; núm. M.490, *Nordic Satellite Distribution*, de 19 de julio de 1995; núm. M.774, *Saint Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, de 4 de diciembre de 1996, o núm. M.1313, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, de 9 de marzo de 1999.

⁴⁹ Anexo I del Reglamento núm. 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DOUE*, L 133, de 30 de abril de 2004, pp. 1 ss.).

cuando declara lo siguiente: *«en determinados casos, la principal mejora potencial de eficiencia (del acuerdo) no son las reducciones de costes, sino las mejoras de calidad y otras eficiencias de carácter cualitativo. Así, según el caso, este tipo de eficiencias pueden ser de igual o mayor importancia que las económicas»*⁵⁰.

En las Directrices 81 (3), la Comisión Europea da algunas pistas sobre el tipo de pruebas relevante a los efectos de demostrar que una operación de concentración determinada va a dar lugar a eficiencias.

- En cuanto a las eficiencias de costes, la Comisión declara que las empresas deberán calcular o estimar con la mayor exactitud que sea razonablemente posible el valor (monetario) de las mejoras de eficiencia y describir de qué modo se ha computado el importe. También deben describir pormenorizadamente el método o métodos mediante los cuales se hayan obtenido o se obtendrán las mejoras de eficiencia. Los datos facilitados deben ser verificables, de modo que exista un grado suficiente de certeza de que las eficiencias se han materializado o es probable que se materialicen⁵¹.
- En caso de que las partes aleguen productos nuevos o mejorados u otras eficiencias no basadas en costes, las empresas deberán describir y explicar detalladamente la naturaleza de las eficiencias y cómo y por qué constituyen un beneficio económico objetivo⁵².
- Las empresas deberán justificar sus proyecciones en cuanto a la fecha a partir de la cual las mejoras de eficiencias surtirán efecto⁵³.

En cuanto al grado de participación del consumidor en los beneficios alegados, las Directrices 81(3) únicamente exigen a las empresas que justifiquen sus afirmaciones, facilitando estimaciones y otros datos en la medida en que sea razonablemente posible y en función de las circunstancias de cada caso⁵⁴.

Pero ¿con qué instrumentos concretos pueden demostrarse las eficiencias?

Existen múltiples instrumentos en función del caso concreto y de las eficiencias que se quieran alegar, pudiendo citarse, a modo de ejemplo, los siguientes:

- Planes internos de dirección.
- Estudios de impacto en costes.
- Documentos contables.

⁵⁰ Apartado 69 de las Directrices 81 (3). Véanse además los apartados 102 a 104 de las Directrices 81 (3).

⁵¹ Apartado 56 de las Directrices 81 (3).

⁵² Apartado 57 de las Directrices 81 (3).

⁵³ Apartado 58 de las Directrices 81 (3).

⁵⁴ Apartado 94 de las Directrices 81 (3). Nótese, sin embargo, que a la hora de demostrar el grado de transmisión de eficiencias al consumidor en el ámbito de una operación de concentración la Comisión puede ser más estricta. Véase nota al pie núm. 19.

- Planes de negocio y planes estratégicos.
- Documentos elaborados por consultores externos.
- Simulaciones analizando el efecto en precios de una operación de concentración determinada⁵⁵.
- Análisis econométricos.
- Encuestas a clientes⁵⁶.
- Prueba intersectorial (analizar el comportamiento comparado de firmas de diferentes tamaños en el mercado de referencia).
- Información relativa a experiencia de concentraciones en el pasado en el mismo sector.
- Información del mercado de valores⁵⁷.
- Declaraciones públicas de la compañía en cuestión.
- Informes periciales de expertos industriales, contables y económicos.

En cuanto a la carga de la prueba, no parece que la Comisión se encuentre dispuesta a realizar un examen de eficiencias de oficio.

En efecto, Directrices Horizontales establecen que corresponde a las partes notificantes «invocar» y «probar» las eficiencias, ya que la mayoría de la información obra exclusivamente en su poder⁵⁸.

Se han producido multitud de críticas en el sentido de que la carga de la prueba de las eficiencias se coloca de forma desproporcionada sobre las empresas afectadas.

La información para demostrar una eficiencia determinada puede obrar en poder de un tercero, sea un cliente, un competidor o un proveedor. En estos casos, es la Comisión la que se encuentra mejor situada para conseguir la información necesaria mediante requerimientos de información⁵⁹.

Existen voces que declaran que el requisito de la verificabilidad de la transmisión de eficiencias al consumidor impide que en la práctica operaciones potencialmente beneficiosas se lleven a cabo, proponiendo una presunción a favor de que se cumpla el citado requisito, salvo que la Comisión demuestre lo contrario.

También se han realizado propuestas en el sentido de imponer a la Comisión la misma carga de la prueba a la hora de concluir que una ope-

⁵⁵ Esto es, la tendencia de los precios a aumentar como consecuencia de la eliminación de la rivalidad entre las partes o la tendencia de los precios a disminuir si las eficiencias alegadas resultan suficientes.

⁵⁶ La opinión de los consumidores resulta esencial. Si los consumidores están a favor de la operación de concentración entonces sería difícil adoptar una decisión prohibiendo la misma.

⁵⁷ El que el valor de las acciones de las compañías en cuestión haya incrementado puede ser indicativo de que una operación de concentración determinada puede generar eficiencias.

⁵⁸ Apartado 87 de las Directrices Horizontales. La Comisión entiende que estamos ante un claro supuesto de asimetría de información y que la información que tiene la Comisión puede ser parcial. En todo caso, la información de las partes de la concentración podría ser altamente confidencial, por lo que las partes deberían poder considerar la posibilidad de solicitar un tratamiento confidencial de las mismas a la Comisión.

⁵⁹ Imaginemos, por ejemplo, el supuesto de una OPA hostil.

ración determinada debe ser prohibida. Así, para prohibir una operación de concentración determinada, la Comisión debería evaluar si los efectos negativos de la operación en la competencia y en los consumidores son una consecuencia directa de la operación de concentración, si son sustanciales y estables, y también si se puede verificar su probabilidad y su prontitud dentro de un plazo de tiempo razonable.

También se ha propuesto moderar el requisito de la carga de la prueba sobre las partes notificantes mediante la posibilidad de realizar una verificación *ex post* de las eficiencias invocadas.

Otra solución para asegurar que una eficiencia determinada va a materializarse, suavizándose a su vez el requisito de la verificabilidad, es imponer compromisos a las partes. Los compromisos funcionarían no sólo para impedir efectos anticompetitivos en el mercado, sino también para evitar que las eficiencias alegadas no se materialicen o sean inferiores a lo inicialmente previsto. Así, por ejemplo, si las partes estiman que va a producirse una reducción de precios en el mercado y están dispuestas a asumir el riesgo de su apuesta a futuro, podrían comprometerse a mantener los precios por debajo de un determinado nivel⁶⁰.

A nuestro juicio, la solución de quién aporta qué debería realizarse caso por caso y de forma prudente. Si bien estamos de acuerdo en que las partes deberían aportar toda la información disponible para la verificación de las eficiencias, es preciso matizar que la Comisión debe cooperar en la medida de lo posible en la obtención de la información relevante y moderar la obligación de las partes notificantes cuando el caso concreto así lo justifique. En todo caso, la Comisión no debería rechazar sin más las pruebas presentadas por las partes para demostrar la existencia de eficiencias, y debería motivar todos y cada uno de los razonamientos que le lleven a la conclusión de que las eficiencias alegadas por las partes no han sido demostradas.

vii) Momento procesal para discutir las eficiencias

La pregunta a resolver en el presente apartado es si es conveniente plantear una defensa en base a eficiencias desde el inicio del procedimiento.

Pues bien, lo que la Comisión exige es que las partes de la concentración presenten «*a su debido tiempo*» toda la información necesaria que resulte pertinente para demostrar las eficiencias⁶¹.

⁶⁰ Por ejemplo, en el Asunto núm. IV/M.984, Du Pont/ICI, de 2 de octubre de 1997, se obligó a las partes a ceder a un tercero un polo de investigación y desarrollo de tamaño similar al de la entidad resultante de la concentración. En el Asunto núm. IV/M.269, Shell/Montecatini, de 8 de junio de 1994, las partes presentaron compromisos para garantizar una segunda fuente independiente de licencia de tecnología de polipropileno.

⁶¹ Apartado 85 de las Directrices Horizontales.

Por tanto, no existe un plazo máximo para presentar una defensa de eficiencias. De hecho, el Formulario CO señala expresamente que la información solicitada sobre eficiencias es facultativa y que las partes son libres de no responder. La Comisión aclara que: *«No por ello se presumirá que la concentración propuesta no crea eficiencias o viene motivada por la voluntad de las partes de acrecentar su poder de mercado. El hecho de no facilitar información sobre las eficiencias en la fase de notificación no significa que no pueda proporcionarse más adelante. Ahora bien, cuanto antes se facilite, mejor podrá comprobar la Comisión tales eficiencias»*.

Una cuestión diferente es saber si el análisis de eficiencias debe ser reservado a una segunda fase, o si una operación de concentración puede ser autorizada en base a eficiencias durante el análisis de primera fase. En principio, no existe previsión legal al respecto, lo que nos hace concluir que nada impide que la autorización se conceda en primera fase. Lo verdaderamente determinante para que una operación de concentración sea remitida a segunda fase es que se planteen «serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común». No obstante lo anterior, dado que la prueba de las eficiencias suele ser un aspecto altamente complejo, no puede excluirse que, en la práctica, la mayoría de las operaciones de concentración que planteen problemas de eficiencias sean remitidas a un examen más detenido en segunda fase.

C. EL TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN ESPAÑA

En España disponemos de una previsión explícita en el tema de las eficiencias. El art. 16 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, establece que: *«El TDC podrá considerar las eficiencias derivadas de la concentración a la hora de valorarla y de elaborar su informe y dictamen sobre la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado»*.

El requisito se desarrolla de la siguiente forma: *«El Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios, y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos de la competencia»*.

Por tanto, en España se reconoce expresamente que las eficiencias pueden servir como «defensa» a la hora de autorizar una operación de concentración que presente efectos restrictivos de la competencia.

El sistema español de control de concentraciones tiene como objetivo la protección del consumidor, lo que significa que, al igual que en Europa, el test a proteger es el CWS.

Por lo demás, el sistema español sí que establece de forma expresa que el examen de eficiencias deberá hacerse por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que dicho examen se hará ineludiblemente en segunda fase.

El sistema español no identifica mayores requisitos para demostrar las eficiencias, pero entendemos que todas y cada una de los aspectos discutidos en relación con el sistema europeo son plenamente aplicables al sistema español.

Las autoridades españolas de defensa de la competencia han analizado las eficiencias en los siguientes casos C96/06, Cofares/Hefame; C94/05, Gas Natural/Endesa; C93/05, Telefónica/Iberbanda; C74/02, Sogecable/Vía Digital; C67/01, Repsol/Race; C63/01, Nutreco/Agrovic; C62/00, Roca/Keramik; C58/00, Mahou/San Miguel; C54/00, Unión Fenosa/Hidrocantábrico; C51/00, Cajas de Ahorro de Pamplona y Navarra; C50/99, Puleva/Granja Castelló⁶².

En algunos de estos casos el tema de las eficiencias se ha considerado como uno de los muchos aspectos por los cuales una determinada operación de concentración debería ser autorizada.

En el asunto Telefónica/Iberbanda, sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia concluyó que las partes no habían demostrado suficientemente las eficiencias alegadas y propuso la prohibición de la operación de concentración.

El Tribunal de Defensa de la Competencia se limita a establecer, sin más, lo siguiente: «*No cabe duda que la operación genera eficiencias para Telefónica [...]. Sin embargo, la notificante no ha acreditado que dichas eficiencias se trasladen a dichos consumidores...*». Sin embargo, no queda suficientemente demostrado en el expediente que los ahorros de costes vayan a ser transmitidos a los usuarios finales (Sección 9.2 del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Se echa de menos, sin embargo, una motivación sobre cuáles fueron las razones para afirmar que las eficiencias en cuestión no se habían demostrado. Resulta criticable que, a pesar de que las empresas tengan que superar unos estrictos requisitos para demostrar las eficiencias generadas por una operación de concentración, la autoridad de competencia concluya, sin mayor motivación, que la prueba facilitada no resulta suficiente.

En el asunto Gas Natural/Endesa también se recomienda prohibir la operación y también se echa de menos una motivación por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia de las razones concretas por las que

⁶² Algunos de estos casos han sido identificados por la subdirectora general de Concentraciones del Servicio de Defensa de la Competencia. Nadia CALVIÑO, actualmente directora general del Servicio de Defensa de la Competencia, en el artículo citado en la nota al pie núm. 10 de este capítulo.

las sinergias alegadas por Gas Natural eran rechazables. En un informe que supera las doscientas páginas, el Tribunal únicamente dedica un párrafo a las eficiencias. Éstas se rechazaron con una conclusión: *«El Tribunal, tras el análisis de las eficiencias alegadas, estima que éstas no se han demostrado sustanciales, no está previsto que se produzcan con prontitud y afectan, fundamentalmente, a los costes fijos de la nueva entidad, siendo, en consecuencia, menos pertinentes que aquellas sinergias que reducen los costes marginales [...] No obstante, pueden existir eficiencias derivadas de la gestión conjunta de las redes y de la presentación de ofertas duales, que podrían estar respondiendo a una demanda de los consumidores»* (Sección 9 del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Sin duda alguna, era acertado descartar las eficiencias por: (i) no haber sido demostradas; (ii) no producirse con prontitud; y (iii) estar limitadas a los costes fijos. Éstas son razones que también invoca la Comisión Europea para rechazar eficiencias, conforme a los párrafos 79 y 80 de las Directrices Horizontales. Sin embargo, se echa de menos el análisis cuantitativo que habría servido de guía a futuras alegaciones de eficiencias. Por ejemplo, Gas Natural había alegado que el solapamiento de redes de distribución generaba economías de alcance valoradas en una cantidad concreta de millones. Endesa, por el contrario, sostenía que las economías de alcance eran inexistentes, entre otras razones, porque Gas Natural se encuentra mayoritariamente en el ámbito urbano y la mayor parte de los costes de gestión de la distribución de Endesa están en el ámbito rural. Hubiera sido deseable que el Tribunal concretara con cifras qué economías de alcance atribuía a las gestión conjunta de redes solapadas y lo comparara, a continuación, con su valoración de los costes para la competencia de un solapamiento de redes en esa misma región. La conclusión hubiera sido la misma —no existían eficiencias—, pero el valor como precedente del informe hubiera sido muy superior.

De modo similar, en el asunto Cofares/Hefame, operación en que las cuotas de mercado superaban el 50 por 100 en varios mercados, de acuerdo con la conclusión sexta, se incluye una única referencia a eficiencias al afirmar que *«... la estructura actual del mercado, las asimetrías informacionales inherentes al sector y los incentivos económicos de los oferentes privados dificultarán, en gran medida, que las probables eficiencias originadas por ésta u otras operaciones análogas se trasladen, sin intervención del regulador, a los consumidores finales y a los contribuyentes»* (Conclusión 8 del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Son sorprendentemente las eficiencias las que inspiran la única condición impuesta a Cofares/Hefame: un cambio en los estatutos de la cooperativa reduciendo la obligación de permanencia de las empresas farmacéuticas *«para asegurar esta traslación, al menos parcial»* —pero en ningún momento se describen las eficiencias ni se cuantifican—. Sin

cuantificar las eficiencias y compararlas con los posibles costes para la competencia, ¿cómo se pueden tener en cuenta?

No podemos dejar de hacer una breve referencia al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (el «Anteproyecto») publicado por el Servicio de Defensa de la Competencia poco antes de la publicación del presente artículo. En el Anteproyecto se identifican las eficiencias económicas como uno de los criterios de valoración sustantiva a tener en cuenta por la Comisión Nacional de Competencia. En particular, se identifica la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.

El Anteproyecto no especifica cuáles son los requisitos a cumplir en relación con las eficiencias en España. No obstante, las condiciones previstas a nivel europeo, incluyendo las Directrices Horizontales, deberían ser plenamente aplicables a la hora de analizar eficiencias bajo el sistema español, al igual que sucede con otros múltiples aspectos del sistema de control de concentraciones.

6. CONCLUSIONES

El análisis de eficiencias bajo derecho de control de concentraciones ha pasado de ser un tema de escasa —si no nula— relevancia práctica en el pasado, a cobrar gran importancia en la actualidad.

No podría ser de otra manera. Las empresas se embarcan en proyectos de concentración precisamente para realizar eficiencias y estos objetivos deberían ser tenidos en cuenta por la autoridad de defensa de la competencia en la medida de lo posible. Sólo así podrá garantizarse un examen completo de una operación de concentración determinada, evitándose soluciones parciales y equivocadas que priven a los consumidores de beneficios que, de realizarse, serían sustanciales.

En este sentido, es fundamental reconocer que tan problemático es que una operación anticompetitiva sea autorizada erróneamente como prohibir equivocadamente una operación que podría dar lugar a eficiencias significativas, con el consiguiente perjuicio para la economía y el bienestar general.

La Comisión Europea ha realizado un esfuerzo clarificador sobre los requisitos exigidos para demostrar la existencia de eficiencias en el marco de operaciones de concentración en sus Directrices Horizontales, reconociendo de forma expresa que las eficiencias pueden servir de base para autorizar operaciones que, de lo contrario, serían consideradas anticompetitivas.

Es de esperar que las empresas aprovechen la oportunidad que les ha brindado la Comisión y utilicen estos argumentos siempre que sean de aplicación, de forma que vaya adquiriéndose cada vez más experiencia en la materia.

Por otro lado, es igualmente necesario que la Comisión demuestre que tiene la firme intención de analizar a fondo estos argumentos al objeto de evitar que ciertas operaciones de concentración sean prohibidas.

De otra forma se generaría un clima de desconfianza entre las empresas, que no se atreverían a plantear el tema de las eficiencias por miedo a que su operación de concentración sea prohibida.

Por ello, la Comisión (o las autoridades españolas de defensa de la competencia) debería:

- Ser proactiva, contactando con las partes si estima que un argumento sobre eficiencias podría influir sobre su decisión de autorizar o no una determinada operación lo antes posible, impidiendo así que posteriormente sea demasiado tarde para analizar dicha cuestión.
- Asistir a las partes a la hora de obtener información necesaria para demostrar las eficiencias en la medida de lo posible. Al igual que la Comisión requiere información a terceros para verificar los efectos anticompetitivos de una operación de concentración determinada, ésta debería realizar solicitudes de información para ayudar a las partes a demostrar la pertinencia de un determinado argumento de eficiencias.
- No exigir más allá de lo razonablemente posible a las partes. En este sentido, el tema de las eficiencias es extremadamente complejo, por lo que no se debería ser inflexible con las condiciones especificadas en las Directrices Horizontales y las cuestiones deberían ser analizadas caso por caso.
- Motivar detalladamente por qué una determinada eficiencia, o el traslado del consumidor de la misma, no se ha demostrado.
- Fomentar la presentación de compromisos para asegurar que las eficiencias alegadas se transmitirán al consumidor, evitándose la prohibición de la operación en la medida de lo posible.

Tal y como destaca el título del presente trabajo, se trata de un gran desafío, tanto para la Comisión Europea como para las empresas. Trate-mos de que, dentro de unos años, no tengamos que concluir que se trataba de una misión imposible.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2002*, Fundación ICO.

- COLLEY, L. (2004), «“Defence” to “Attack”? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers», *European Competition Law Review*, issue 6.
- INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK, *Project Report on Merger Guidelines*, Chapter 6, *Efficiencies*, Working Group Mergers, (<http://www.international-competitionnetwork.org/mergers/mergersdocuments.html>).
- KNABLE GOTTS, I., y GOLDMAN, C. S. (2003), «The role of efficiencies in M&A Global Antitrust Review: Still in Flux?», en Barry E. HAWK (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*, Fordham Corporate Law Institute.
- LUESCHER, Ch. (2004), «Efficiencies Considerations in European Merger Control. Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?», *European Competition Law Review*, issue 2.
- MANO, M. de la (2002), «For the customer’s sake: The competitive effects of efficiencies in European Merger Control», *Entreprise Papers*, núm. 11.
- PADILLA, A. J. (2002), «The “Efficiency Offense Doctrine” In European Merger Control», *International Merger Control. Prescriptions for Convergence*.
- UNIÓN EUROPEA (2004), «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones económicas entre empresas», *DOUE*, C 31, de 5 de febrero 2004, pp. 5 ss.
- «Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas» (www.europa.eu.int).
 - (2004), «Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado», *DOUE*, C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 97 y ss.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (1997), *Horizontal Merger Guidelines*, 8 de abril de 1997 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>).

AEROPUERTOS REGIONALES Y AEROLÍNEAS DE BAJO COSTE

José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ *

Secretario General y del Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Un mercado en el que los operadores compitan rebajando sus precios puede considerarse, sin duda, el paradigma de la libre competencia. Que este fenómeno se produzca no debería ser excepcional, sino cotidiano; sin embargo, que acontezca en un sector tan singular como el del transporte aéreo no deja de tener su importancia.

En efecto, basta leer la prensa diaria¹ para comprobar como la presencia de las llamadas «aerolíneas de bajo coste» (*Low-Cost Airlines*), o de «vuelos baratos», ha supuesto una auténtica revolución en un sector que, en cierta medida, ya había amortizado los efectos de la liberalización, llevada cabo en los últimos años y que tanto había cambiado, cuantitativa y cualitativamente, el mercado del transporte aéreo².

No debemos ignorar, sin embargo, que estas compañías responden, en realidad, a un nuevo modelo de negocio, cuya aparición pone en eviden-

* Doctor en Derecho. El autor es en la actualidad secretario general y del Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia. Las opiniones expresadas en este artículo son personales del autor y, por lo tanto, de su exclusiva responsabilidad.

Agradezco a mi buen amigo Éric GIPPINI FOURNIER, del Servicio Jurídico de la Comisión Europea, sus interesantes comentarios a un primer borrador de este trabajo.

¹ Son ilustrativos algunos titulares de prensa como los siguientes: «Iberia busca socios para lanzar una compañía aérea de bajo coste» (*El País*, martes, 29 de noviembre de 2005, p. 51); «Los vuelos baratos redibujan España» (*El País*, domingo, 4 de diciembre de 2005, p. 57); «British Airways lanza un ordago al bajo coste» (*Expansión*, miércoles, 11 de enero de 2006, p. 9).

² Debemos señalar que, además de las rebajas de precios, el proceso liberalizador iniciado en Estados Unidos y seguido en Europa había traído consigo la desaparición de algunos operadores tradicionales, básicamente compañías de bandera (como el caso de Sabena, en Bélgica), y un importante número de fusiones y alianzas estratégicas entre los operadores, muchos de los cuales dejaron de ser públicos (casos, por ejemplo, de British Airways o Iberia) o se hallan en procesos de privatización (Air France o la portuguesa TAP).

cia las grandes virtudes de la competencia y la necesidad de adaptar los modelos tradicionales a la realidad cambiante del mercado.

Este fenómeno se ha presentado, en la práctica, vinculado al tema de las ayudas públicas, en la medida en que, con frecuencia, estas compañías se benefician de determinados incentivos públicos, vinculados más o menos abiertamente al desarrollo regional, lo que plantea un reto para el Derecho comunitario de la competencia. Si hace no demasiados años la cuestión se centraba en las ayudas de salvamento y reestructuración³ concedidas por los Estados miembros para salvar a sus aerolíneas de bandera⁴, el panorama ahora se centra en estos nuevos subsidios, cuya capacidad para distorsionar la competencia no es menor, pues aparecen en una fase especialmente crítica del mercado del transporte aéreo, que no cabe sino calificar de transición, al menos en lo que a la oferta se refiere.

Las ayudas, destinadas a incentivar la apertura de nuevas líneas comerciales con el objetivo de estimular la actividad de determinados aeropuertos regionales y con ello, en cierta medida, para dinamizar la vida económica de sus áreas de influencia, plantean, como es obvio, múltiples interrogantes desde el punto de vista del Derecho de la competencia, del que el control de las ayudas estatales es una pieza cada vez más esencial, como pone de relieve el recientemente presentado «*Plan de Acción de ayudas estatales. Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009*», impulsado por la comisaria encargada de los asuntos de la competencia, Neelie Kroes⁵.

En la actualidad disponemos ya de la respuesta que a estos interrogantes ha dado la Comisión, tanto resolviendo algunos casos concretos

³ Para encauzar dichas ayudas, la Comisión había adoptado una comunicación específica, bajo el título aplicación de los arts. 92 y 93 del Tratado CE y del art. 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación (DO, C 350, de 10 de diciembre de 1994, p. 5), que se hayan todavía en vigor.

⁴ En este sentido pueden verse, entre otras, las siguientes decisiones: Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, relativa a las ayudas (en forma de inyecciones de capital y reducciones de capital) que el Gobierno belga prevé conceder a la compañía aérea Sabena (DO, L 300, de 31 de octubre de 1991, p. 48); Decisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a una ayuda del Gobierno irlandés al grupo Air Lingus, suministrador principalmente de servicios de transporte aéreo (DO, L 54, de 25 de febrero de 1994, p. 30); Decisión de 6 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital, garantías de crédito y exacciones fiscales existentes en favor de TAP (DO, L 279, de 28 de octubre de 1994, p. 29); Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DO, L 254, de 30 de septiembre de 1994, p. 73); Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations (filial de la Caisse de Dépôts et de Consignations) (DO, L 258, de 6 de octubre de 1994, p. 26); Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas (incluye inyección pública de capital) por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DO, L 273, de 25 de octubre de 1994, p. 22); Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DO, L 104, de 27 de abril de 1996, p. 25); Decisión de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DO, L 322, de 25 de noviembre de 1997, p. 44).

⁵ Paradójicamente, este documento no menciona esta cuestión ni la solución dada por la Comisión. Este documento puede consultarse en: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/action_plan/saap_es.pdf.

ya planteados, como, lo que es más importante, ofreciendo un marco general acerca de este tema que, si bien puede ser discutible⁶, evidencia una rápida reacción, de la que no siempre han hecho gala las instituciones comunitarias.

El objeto del presente trabajo es, precisamente, analizar estas ayudas desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia y no, al menos directamente, el nuevo modelo comercial que representan las aerolíneas de bajo coste o de vuelos baratos, aunque, como explícitamente evidencia la Comisión, ambos fenómenos están íntimamente relacionados en la práctica, toda vez que el desarrollo de determinados tipos de aeropuertos, de carácter regional, se vincula a la actividad de compañías que acogen este modelo de negocio y que su presencia es fruto, de manera casi inexorable, de la presencia de incentivos públicos.

La coordinación equilibrada de los diferentes intereses en conflicto permite a la Comisión delimitar un cierto margen de apreciación, en el que la competencia no se ve perjudicada en modo contrario al interés de la Comunidad, que está obligada a defender en primer lugar.

Para hacer este análisis es preciso partir, como hace la propia Comisión, de la existencia de un verdadero *leading case*, el representado por el caso Ryanair/Charleroi⁷, en el que la Comisión tiene la ocasión de analizar por primera vez en detalle el problema⁸ y ofrecer una solución que no sólo ha aplicado en otros casos posteriores⁹, sino que también inspira directamente las directrices adoptadas con carácter general al res-

⁶ Aunque apenas es posible encontrar todavía comentarios de la decisión Ryanair/Charleroi, y menos aún de las directrices que vamos a comentar, podemos citar un comentario crítico de ambos actos (en el segundo caso, respecto del *Discussion paper* inicial), en S. B. VÖLCKER, «Start-up aid for low cost carriers - a policy perspective», en *Competition Law insight. Antitrust law and policy in a global market*, publicado el 12 de abril de 2005 y disponible en la dirección: <http://www.hale-dorr.com/publications/whPubsList.aspx?Attorneyv=283246dd-769f-4b0d-b5b9-51dce622b1ba>. Asimismo, se dispone ya, desde el punto de vista económico, de algún análisis empírico del caso, como el ofrecido por C. BARBOT, «Low cost carriers Low cost carriers, secondary airports secondary airports and State aid and State aid: an economic an economic assessment of the Charleroi affair», *FEP Working Papers, research (Work in Progress)* núm. 159, octubre de 2004, CETE-Centro de Estudos de Economia Industrial, Centro de Estudos de Economia Industrial, do Trabalho e da Empresa do Trabalho e da Empresa, Faculdade de Economia do Porto, Universidade de Porto. Este artículo está disponible en la dirección: http://www.fep.up.pt/investigacao/workingpapers/04.10.07 WP159_cristina.pdf.

⁷ Decisión de la Comisión de 12 de febrero de 2004 relativa a las ventajas otorgadas por la Región Valona y Brussels South Charleroi Airport a la compañía aérea Ryanair con ocasión de su instalación en Charleroi (DO, L 137, de 30 de abril de 2004, p. 1).

⁸ Hemos optado por denominarlo de manera convencional como el caso Ryanair/Charleroi porque, como tendremos ocasión de ver, pone en evidencia los elementos que enmarcan el problema que se suscita y la solución que se plantea desde la perspectiva de la competencia.

⁹ Este hecho resulta especialmente evidente en el caso resuelto por la Decisión de la Comisión de 20 de octubre de 2004, relativa al régimen de ayudas ejecutado por el Reino de España en favor de la compañía aérea Intermediación Aérea, s. L. (DO, L 110, de 30 de abril de 2005, p. 56), en el que, aunque se invoca la prestación de servicios de interés general, se resuelve claramente aplicando la doctrina Ryanair/Charleroi, hoy consagrada en las Directrices adoptadas por la Comisión.

pecto¹⁰, recogidas en forma de comunicación de la Comisión bajo el título de «*Directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales*»¹¹, a las que, lógicamente, dedicaremos una buena parte de nuestro comentario (en adelante, «las Directrices»).

2. EL CASO RYANAIR/CHARLEROI

El caso Ryanair-Charleroi trae su causa en las ayudas concedidas directa e indirectamente por la Región de Valonia, en Bélgica, a la empresa Ryanair, que es una aerolínea especializada en vuelos baratos, con el objetivo de potenciar la utilización del aeropuerto de Bruselas Sur-Charleroi, de las que se había hecho eco la prensa y que motivaron una queja dirigida a los servicios de la Comisión, tal y como señala ésta en su Decisión (en adelante, «la Decisión»).

Como resulta ya evidente, el interés de esta primera decisión radica, principalmente, en el hecho de vincular la concesión de las eventuales ventajas otorgadas a las aerolíneas de bajo coste con la potenciación de aeropuertos infrautilizados de carácter regional, que es, como ya hemos anticipado, el elemento clave para valorar la legalidad de la concesión de estas ayudas desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia.

A. LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN

Siguiendo el propio relato de la Comisión vamos a exponer brevemente los hechos denunciados, las medidas que la Comisión considera potenciales ayudas estatales y la conclusión a la que llega finalmente, analizando los razonamientos que la llevaron a autorizar una buena parte de aquéllas bajo ciertas condiciones.

La relación de hechos nos presenta tres sujetos básicos, además de la propia Comisión Europea: la compañía beneficiaria de las presuntas ayudas, Ryanair, que es un importante transportista aéreo especializado en vuelos de bajo coste; la Región de Valonia, que es la propietaria de la infraestructura aeroportuaria y, a la vez, la administración competente en ciertas materias relacionadas con el caso, que aparece representada por el

¹⁰ La propia Comisión lo reconoce explícitamente en la nota de prensa en la que hace pública su decisión (IP/04/157): «*La Comisión promueve la actividad de las compañías de bajos costes y el desarrollo regional con su decisión sobre el aeropuerto de Charleroi*», de 3 de febrero de 2004.

¹¹ DO, C 312, de 9 de diciembre de 2005, p. 1. Resulta de interés la lectura de la nota de prensa de la Comisión correspondiente al día de la aprobación de la comunicación (IP/05/1097, de 6 de septiembre de 2005): «*La Comisión fomenta el desarrollo de los aeropuertos regionales y de la movilidad en Europa*».

Gobierno belga, y, finalmente, la empresa pública Brussels South Charleroi Airport (en adelante BSCA), controlada por la Región Valona, que es la sociedad que administra el aeropuerto desde 1991 en virtud de un convenio de concesión de cincuenta años.

Junto a estos personajes principales, la Decisión refleja detalladamente las alegaciones presentadas por operadores públicos y privados, alguno de los cuales no se identifica nominalmente. Respecto a esas alegaciones cabe anticipar que, en general, son poco críticas con las ayudas examinadas, limitándose a cuestionar algún detalle menor.

B. LAS PRESUNTAS AYUDAS CONCEDIDAS A RYANAIR

La Comisión en su análisis distingue entre las medidas imputables directamente a la Región Valona y las que lo son indirectamente, al concederse a través de la BSCA¹².

La Región Valona había concedido a Ryanair: *a*) una reducción del importe de la tasa de aterrizaje en relación con la tarifa oficial, y *b*) la garantía de compensar a Ryanair de las pérdidas que pudiera sufrir a causa de cambios futuros en aquéllas o en los horarios del aeropuerto.

Por su parte, a la BSCA se le imputaban: *c*) los descuentos en los precios de los servicios de asistencia en tierra en relación con la tarifa oficial del aeropuerto; *d*) la contribución a las actividades de comercialización, y, finalmente, *e*) determinados incentivos «únicos» y la puesta a disposición de despachos, vinculados al establecimiento permanente de dependencias y activos de la compañía en el aeropuerto.

C. VALORACIÓN DE LA COMISIÓN

Siguiendo el esquema propuesto, vamos a resumir la valoración que efectúa la Comisión acerca de cada una de estas medidas. Para ello debemos recordar, con carácter previo, que una ayuda estatal es una ventaja¹³

¹² Acerca de la distinción entre ayudas otorgadas directa e indirectamente, *vid.* la STJCE de 22 de marzo de 1977, Steinike und Weiling c. República Federal de Alemania, petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht de Frankfurt, asunto 78/76, *Réc.* 1977, p. 595. Como recuerda el TPI en su Sentencia de 12 de diciembre de 1996 (Compagnie Nationale Air France c. Comisión, asunto T-358/94, *Rec.* 1996, p. II-2109, apartado 62): «(e)l Derecho comunitario no puede admitir que el mero hecho de crear instituciones autónomas encargadas de la distribución de ayudas permita eludir las normas relativas a las ayudas de Estado».

¹³ Es mérito de la jurisprudencia haber delimitado la esencia de la ayuda al identificarla con la noción de ventaja de la que se benefician determinadas empresas o producciones [R. KOVAR, «Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'Etat», en *RTDC*, 45 (1), enero-marzo de 1992, pp. 112 ss.] . Como subraya J. W. RODRÍGUEZ CURIEL («Las ayudas públicas en el marco del Tratado de la UE y de la Ley española de Defensa de la Competencia», en *ET*, núm. 318, 1997, pp. 97-110, en particular p. 98 y notas 5 y 6), en algunas sentencias de los años

que reúne todas y cada una de las condiciones que enuncia el art. 87.1 CE, conforme al cual, «*salvo que el presente Tratado [Tratado CE] disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*».

La identificación de dicha ventaja actúa, en consecuencia, como un prerequisite, que la Comisión debe acreditar.

Respecto a las ventajas concedidas por la Región Valona, la Comisión considera indudable que dicha región no ha actuado como una empresa, sino como una autoridad pública, que al comprometerse con Ryanair habría establecido una excepción a las normas que ella misma habría fijado, de modo que la «*necesidad comercial*» de atraer a Ryanair a Charleroi habría hecho que ignorara las normas generales sobre fijación de costes en Valonia.

Se rechaza claramente el argumento defendido por Ryanair de que negar a la Región Valona el derecho a acordar los descuentos cuestionados implicaría discriminar a los aeropuertos públicos frente a los privados, puestos que estos últimos disfrutarían de una libertad que se negaba a aquéllos para fijar sus precios (cánones o tarifas), lo que violaría el principio de igualdad de trato consagrado en el art. 295 CE.

Para la Comisión, los aeropuertos privados no gozan, en realidad, de plena libertad para fijar sus cánones o tarifas, puesto que, en la medida en que desempeñan una misión de utilidad general, están sujetos a determinadas reglamentaciones; sin que tampoco sea correcto afirmar que las empresas públicas que gestionan aeropuertos carezcan de margen alguno para su determinación, dentro de la regulación general que afecta a unos y otros por igual.

La clave de la cuestión se encontraba en que al analizar el régimen elegido y libremente aplicado por la Región Valona se constataba que cuando ésta fijaba las tarifas aeroportuarias y, por lo tanto, cuando decidía no aplicar las normas generales, «*... no actúa[ba] como una empresa, sino como una autoridad pública*». Desde esa perspectiva, y aunque disponía de un margen legal de actuación que le habría permitido ofrecer la tarifa aplicada a Ryanair a todas las compañías interesadas de manera no discriminatoria, no lo había hecho, favoreciendo en exclusiva a Ryanair¹⁴.

setenta se incluyó en el concepto de ayuda el carácter gratuito de la ventaja, requisito del que actualmente parece haberse prescindido, de acuerdo con un sector de la doctrina, que considera que el criterio más plausible es que existirá ayuda si se obtiene un beneficio que no se habría alcanzado normalmente, independientemente de la contribución total o parcial de la empresa receptora a la financiación de la medida.

¹⁴ La Comisión recuerda en este punto (apartado 159) que en su Decisión de 14 de junio de 1991, Reino Unido-aeropuerto de Manchester, ayuda estatal NN 109/98, había reconocido que un

Por su parte, respecto de las ventajas concedidas por BSCA, las autoridades belgas y Ryanair van a tratar de defender la legitimidad del comportamiento de la compañía pública, tratando de comparar su comportamiento con el de un inversor privado, acudiendo al conocido como principio del inversor privado en una economía de mercado¹⁵.

Aunque la Comisión cree que no cabe su aplicación en este caso, porque se han confundido en gran medida los papeles de la Región Valona como autoridad pública y de BSCA como empresa aeroportuaria, efectúa su análisis de acuerdo con el mismo. Para ello, sin embargo, rechazará por artificial la dicotomía aeropuerto público/aeropuerto privado y, por lo tanto, no considera adecuado establecer las comparaciones con los ejemplos que le propone Ryanair y centrará su interés en el comportamiento de BSCA, en relación con la situación concreta del aeropuerto de Charleroi.

Asimismo, de acuerdo con el criterio tradicionalmente adoptado por la Comisión¹⁶, para efectuar su valoración tomará como referencia la situación de la empresa en el momento en que se adoptaron las medidas de apoyo financiero cuestionadas, es decir, en 2001¹⁷, rechazando la posibilidad de basarse en análisis posteriores a la decisión de invertir, adoptada en dicha fecha¹⁸.

Tras analizar el plan de negocio elaborado por BSCA para el período 2001-2010 llega a la conclusión de que la compañía no había actuado como un inversor privado en una economía de mercado, ya que *«cuando tomó la decisión de invertir no efectuó un análisis coherente de todas las hipótesis del contrato previsto con Ryanair y únicamente con ésta, ni tuvo tampoco en cuenta varios parámetros que podrían haber puesto en duda toda perspectiva de rentabilidad a largo plazo»*. Por lo que consideraba

aeropuerto podía establecer un régimen de descuentos no discriminatorio por un período limitado. Esta Decisión está disponible en la dirección: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport-1998/nn109-98.pdf.

¹⁵ Acerca de este principio que considera legítimos los comportamientos del operador público que se correspondiesen con el que previsiblemente adoptaría uno privado de iguales características y en similares circunstancias, *vid.* la Comunicación de la Comisión de 1993, relativa a las empresas públicas del sector de fabricación (DO, C 307, de 12 octubre de 1993, p. 3), y aplicación de los arts. 92 y 93 del Tratado CE y del art. 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación (DO, C 350, de 10 de diciembre de 1994, p. 5), así como nuestros trabajos J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Colección Monografías núm. 24, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 2002, y «Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales. El principio del inversor privado en una economía de mercado», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 221, septiembre-octubre de 2002, pp. 59-75.

¹⁶ Cfr. el punto 28 de la Comunicación de la Comisión de 1993, relativa a las empresas públicas del sector de fabricación (DO, C 307, de 12 de octubre de 1993, p. 3).

¹⁷ Ryanair había propuesto que se aplicase el principio del inversor privado en una economía de mercado basándose en la duración del contrato (quince años) o incluso en la duración de la concesión de BSCA (cincuenta años). Cfr punto 179 de la Decisión.

¹⁸ La Comisión toma nota, por otra parte, de que BSCA había elaborado sus proyecciones financieras principales a diez años y ha solicitado su validación externa.

que habría asumido riesgos a los que no se hubiera expuesto un inversor privado en una economía de mercado¹⁹.

En consecuencia, la Comisión llega a la conclusión de que las medidas cuestionadas constituían auténticas ventajas que BSCA habría concedido a Ryanair, que también podían reputarse ayudas estatales, conforme a lo previsto en el art. 87.1 CE, como las concedidas directamente por la Región Valona.

D. LAS CONDICIONES DE LA INCOMPATIBILIDAD DE PRINCIPIO

Acreditado por la Comisión que las medidas constituían una ventaja para la empresa beneficiaria, era preciso determinar que concurrían todas y cada una de las condiciones que integran la *hipótesis compleja*²⁰ que enuncia el citado art. 87.1 CE. Por ello, la Comisión examina: *a)* el carácter específico de la medida, *b)* si se financia con cargo a fondos estatales y *c)* si sus efectos causan repercusiones en el comercio intracomunitario y la competencia.

- a)* En relación con la primera de las cuestiones, la Comisión constata que sólo la compañía Ryanair se benefició de las ventajas concedidas por la Región Valona y la BSCA, puesto que, a pesar de las alegaciones de ambas de que se habían ofrecido idénticas condiciones a otras compañías, no se habían establecido criterios objetivos para su concesión, lo que hubieran eliminado toda discriminación en el trato dispensado a todas ellas.
- b)* El carácter estatal de los fondos aportados a Ryanair tampoco ofrecía especiales dudas, si bien esta cuestión suscitó cierto debate²¹, puesto que las autoridades belgas discutieron que tal carácter pudiera ser atribuido a las tarifas recaudadas por BSCA²².

¹⁹ La Comisión lleva a cabo su análisis de manera prolija en los apartados 185 a 236 de su Decisión. Básicamente, la Comisión considera que la estructura financiera de BSCA se apoyaba en la de la Región Valona, su principal accionista y titular de la infraestructura aeroportuaria, y que «*sin la seguridad y las garantías implícitas que la región procura a su empresa pública (asunción de determinados gastos, renuncia a determinados ingresos, recapitalización, etc.) y teniendo en cuenta los riesgos comerciales que subsisten en el plan de negocios, BSCA no se había comprometido jamás con Ryanair*». Por ello, aunque en teoría BSCA actuaba como una empresa del sector aeroportuario, «*su situación no era la de una empresa que tiene que calcular sus riesgos y sus decisiones de inversión y no tomó esa decisión en función de la rentabilidad real que podía esperarse razonablemente*» (cfr. apartado 237).

²⁰ G. M. ROBERTI, «Le contrôle de la Commission des Communautés Européennes sur les aides nationales», en *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, núm. 6, 20 de junio de 1993.

²¹ Como se recoge en la Decisión (apartado 243), ni las partes interesadas ni Bélgica han puesto en duda ese análisis y, en particular, el de la imputabilidad de las medidas tomadas por BSCA a la Región Valona. Sobre esta cuestión, *vid.* la comunicación de la iniciación de la investigación formal en *DO*, C 18, de 25 de enero de 2003, p. 3, apartado 97-111.

²² La Comisión rechazó considerar que se trataba de un caso similar al resuelto en la STJCE de 13 de marzo de 2001, en el asunto C-379/98, Preussen Elektra contra Schlesweg, *Rec.*, p. I-2099, puntos 59 y 61. Como se recoge en el apartado 245 de la Decisión: «*la Comisión considera que la*

- c) Finalmente, la afectación del comercio intracomunitario y el falseamiento de la competencia sí ofrecen mayor interés, si bien la primera de estas cuestiones resultó pacífica al no ser cuestionada por las autoridades belgas la posición defendida por la Comisión en el acuerdo de incoación del expediente²³.

Existía, para la Comisión, un evidente falseamiento de la competencia, en la medida en que las ayudas concedidas eran, en realidad, ayudas de funcionamiento²⁴, por lo que la ventaja obtenida por la empresa beneficiaria fortalecía su posición económica no sólo en una o varias rutas o en un sector determinado del mercado —en este caso, las líneas de bajo coste—, sino en el conjunto de su red y en relación con las compañías competidoras, en un sector, el del transporte aéreo europeo, que, como reconoce la propia Comisión «*sufre una competencia feroz desde la entrada en vigor de la tercera fase de la liberación del transporte aéreo (tercer paquete) el 1 de enero de 1993*».

E. LAS AYUDAS DECLARADAS COMPATIBLES: LAS CONDICIONES DE LA AUTORIZACIÓN

Como es sabido, la incompatibilidad que formula el art. 87.1 CE respecto de las medidas que reúnan todas y cada una de las condiciones enunciadas en el mismo permite, a diferencia de lo que ocurría con el sistema recogido en el Tratado CECA, un importante grado de flexibilidad al sistema, que deja en manos de la Comisión, y en su caso del Consejo, la facultad de autorizarlas, aplicando las excepciones recogidas en el art. 87.2 y 3 CE²⁵.

Es ésta, sin duda alguna, la cuestión de mayor interés que incorpora la Decisión, desde la perspectiva práctica en que abordamos el presente tra-

Región Valona ha tenido siempre la facultad, que ha ejercido varias veces, de definir, utilizar y repartir el producto de los cánones aeroportuarios de manera discrecional entre varios destinatarios: BSCA, el fondo de mejora del medio ambiente, Sowaer e incluso Ryanair, así como de influir directamente en las condiciones de explotación. Por lo que considera que los cánones aeroportuarios sí que son fondos estatales».

²³ Cfr. DO, C 18, de 25 de enero de 2003, p. 3, apartado 112.

²⁴ Como afirma la Comisión en su apartado 256, la mayoría de las ayudas concedidas a Ryanair son ayudas al funcionamiento con arreglo a las Directrices y no ayudas a la inversión inicial en capital fijo.

²⁵ No podemos olvidar la facultad concedida al Consejo en el art. 88.2, tercer inciso, de decidir, por unanimidad, la autorización de unas ayudas, incluso contra el criterio de la Comisión. A título de ejemplo, ver la Decisión del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la concesión, por el Gobierno portugués, de una ayuda nacional extraordinaria para la destilación de ciertos productos del sector vitivinícola (DO, L 153, de 8 de junio de 2001, p. 28). También cabe atribuir con RODRÍGUEZ CUIEL («Las ayudas...», *op. cit.*, p. 102) el carácter de excepción a la recogida en el art. 86.2 CE, respecto de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Aunque no se acuda a esta excepción, sí se planteó, sin éxito, por las autoridades españolas en el caso, ya aludido, resuelto por la Decisión de la Comisión de 20 de octubre de 2004, relativa al régimen de ayudas ejecutado por el Reino de España en favor de la compañía aérea Intermediación Aérea, S. L. (DO, L 110, de 30 de abril de 2005, p. 56).

bajo. En efecto, la argumentación empleada por la Comisión para apreciar la compatibilidad de algunas de las ayudas y para rechazar otras convierte a esta Decisión en un verdadero *leading case*, tal y como hemos señalado con anterioridad.

Resultaba evidente que las medidas examinadas por la Comisión no podrían ampararse en ninguna de las excepciones automáticas u *ope legis* recogidas en el art. 87.2 CE, porque no cabía atribuirles carácter social [letra a)], ni estaban destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional [letra b)], ni se vinculaban con las consecuencias de la división de Alemania [letra c)]. Por ello, la Comisión centró su atención en las recogidas en el art. 87.3 CE. Conforme a dicho precepto:

«Podrán considerarse compatibles con el mercado común²⁶:

a) *las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;*

b) *las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;*

c) *las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;*

d) *las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;*

e) *las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión».*

La Comisión rechaza que puedan considerarse como ayudas regionales [letras a) y c), segundo inciso], entre otros motivos, porque se trataba, básicamente, de ayudas de funcionamiento²⁷. Tampoco estimaba aplicables las excepciones de las letras b) y d), ya que no podrían valorarse como ayudas destinadas a fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo, ni que estuvieran destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro, o que estuvieran destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio²⁸.

²⁶ La expresión del término «podrán» frente a «serán» justifica el mayor poder de apreciación concedido a la Comisión, y excepcionalmente al Consejo, para valorar su aplicación.

²⁷ Las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional (DO, L 74, de 10 de marzo de 1998, p. 9) definen las ayudas al funcionamiento como aquellas «destinadas a reducir los gastos corrientes de las empresas» (punto 4.15). Dichas ayudas no son autorizables, salvo en casos excepcionales y bajo condiciones estrictas en las regiones europeas desfavorecidas, como las que se benefician de la excepción del art. 87, apartado 3, letra a), del Tratado CE, las regiones ultraperiféricas y las de baja densidad demográfica, que la Comisión no considera concurrentes en el presente caso.

²⁸ No debemos olvidar que el desarrollo económico del área de influencia del aeropuerto en el

La cuestión se plantea a propósito de la excepción de la letra c), primer inciso, es decir, las «ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades [...], siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común».

La Comisión desestima que puedan aplicarse las reglas generales relativas a las ayudas con finalidad horizontal existentes²⁹ o las directrices específicas del sector de la aviación de 1994³⁰, considerando que sería únicamente de aplicación teniendo en cuenta «la evolución económica del sector aéreo y del sector de los aeropuertos desencadenada por la apertura completa de los mercados de servicios de transporte aéreo en el ámbito europeo en 1997 [...] debido al papel que desempeñan esas ayudas en el desarrollo de los aeropuertos regionales»³¹.

a) *La valoración de la Comisión de las ayudas controvertidas como ayudas sectoriales específicas*

A propósito de los descuentos en las tarifas aeroportuarias y las garantías concedidas a Ryanair, la Comisión considera que incumplen las condiciones fijadas en su día en la Decisión Manchester³², que excluía del

que operaría la aerolínea beneficiaria de la ayuda suele ligarse por las autoridades concedentes al fomento del turismo y que éste pudiese ampararse en la excepción de la letra d). No obstante, no debemos olvidar que es constante la jurisprudencia a favor de una interpretación restrictiva de estas excepciones, precisamente por su carácter de excepción frente a la regla general de la incompatibilidad de las ayudas estatales que cumplan las condiciones del art. 87.1 CE.

²⁹ En concreto, la Comisión rechazó que fueran de aplicación al caso el encuadramiento comunitario sobre ayudas de estado de investigación y desarrollo (DO, C 45, de 17 de febrero de 1996, p. 5), modificado (DO, C 48, de 13 de febrero de 1998, p. 2) y prorrogado (DO, C 111, de 8 de mayo de 2002, p. 3); las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente (DO, C 37, de 3 de febrero de 2001, p. 3); la Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO, C 288, de 9 de octubre de 1999, p. 2), así como las ya aludidas Directrices para el sector de la aviación (DO, C 350, de 10 de diciembre de 1994, p. 5) y el Reglamento (CE) núm. 70/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DO, L 10, de 13 de enero de 2001, p. 33), ni la Comunicación de la Comisión Ayudas estatales y capital riesgo (DO, C 235, de 21 de agosto de 2001, p. 3). Ryanair planteó, por su parte, la aplicación del Reglamento (CE) núm. 68/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (DO, L 10, de 13 de enero de 2001, p. 20), que fue negada por la Comisión, que tampoco consideró de aplicación el Reglamento (CE) núm. 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DO, L 337, de 13 de diciembre de 2002, p. 3).

³⁰ «Aplicación de los arts. 92 y 93 del Tratado CE y del art. 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación» (DO, C 350, de 10 de diciembre de 1994, p. 5).

³¹ A este respecto, la Comisión destaca en nota 108 que ha aplicado ya otras veces el art 87.3.c) CE para tener directamente en cuenta la evolución económica de determinados sectores y definir las condiciones aplicables a la concesión de las ayudas en decisiones individuales. A tal efecto, cita la Comunicación de la Comisión dirigida a los Estados miembros y demás interesados en relación con la ayuda estatal núm. 376/01 (Italia): «Régimen de ayudas estatales a las instalaciones de transporte por cable» (DO, C 172, de 18 de julio de 2002, p. 2, puntos 44-49).

³² Decisión de 14 de junio de 1991, Reino Unido-aeropuerto de Manchester, ayuda estatal NN

ámbito de aflicción del art. 87.1 CE las concedidas a las compañías aéreas para fomentar la creación de nuevas líneas o aumentar la frecuencia de las existentes, para estimular el aumento del número de pasajeros, siempre que se concedieran por un período limitado y estuvieran disponibles, sin discriminación, para otros operadores.

A juicio de la Comisión, no se daban estas condiciones en el caso examinado, toda vez que las autoridades valonas habrían preferido dar ayudas a una única compañía, actuando de manera discriminatoria y no transparente, sin que el período previsto de quince años pudiera tampoco ser considerado como limitado, añadiendo que su concesión en tales circunstancias *«no era ni necesaria, ni proporcionada al objetivo de desarrollo del aeropuerto, ya que existían otros medios legales»*³³.

Tampoco el descuento aplicado a las tarifas de asistencia en tierra concedido, en esta ocasión, por BSCA, se podía considerar necesario ni verdaderamente incentivador del desarrollo de una estructura aeroportuaria en un mercado liberalizado, puesto que no estaba apoyada en absoluto en un análisis claro de los costes que supondrían para BSCA. Al contrario, para la Comisión, los datos parciales del análisis del plan de negocios parecían indicar que la actividad de asistencia no cubría sus costes³⁴.

Por el contrario, dentro de lo que denomina *«Otras partidas destinadas al fomento de los servicios aéreos a partir de aeropuertos regionales»*³⁵, considera que las ayudas operativas al lanzamiento de nuevas rutas aéreas o al aumento de determinadas frecuencias sí podrían ser un instrumento necesario para el desarrollo de los aeropuertos regionales pequeños, ya que les permitían convencer a las empresas interesadas de que asumieran los riesgos de invertir en nuevas rutas. No obstante, para poder autorizarlas al amparo del art. 87.3.c) CE, era preciso determinar, conforme a la interpretación tradicional de dicho precepto, su necesidad y proporcionalidad respecto del objetivo perseguido y garantizar que no afectasen al comercio intracomunitario de forma contraria al interés común.

El objetivo que justifica su concesión es para la Comisión, en el caso examinado, el que *«forme parte de una política de desarrollo aeroportuario coherente y caracterizada por la voluntad clara de desarrollar la rentabilidad de infraestructuras que no lo son siempre»*³⁶. Para la Comisión, *«la promoción del desarrollo regional, el turismo, la economía local o la imagen de la región será, pues, la consecuencia de esa política coherente*

109/98. Esta Decisión está disponible en la dirección: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport-1998/nn109-98.pdf.

³³ Apartado 266 de la Decisión.

³⁴ Apartado 269 de la Decisión.

³⁵ Apartados 278 a 282.

³⁶ Apartado 283 de la Decisión. Este ilustrativo párrafo se reproducía de forma literal en el punto 76 del DP, en el apartado correspondiente a las *«Ayudas a la puesta en marcha»*, pero se omite en la redacción final de las Directrices.

*destinada en primer lugar a desarrollar de manera sostenible la actividad aeroportuaria»*³⁷.

Entendemos que es, sin duda, la armonía entre el interés que pueden tener algunos Estados miembros por desarrollar sus aeropuertos regionales, con todas sus implicaciones, y su estímulo a través de la concesión de ayudas públicas, con la necesidad de redistribuir el tráfico aéreo en el marco de la política comunitaria de transporte³⁸, la pieza clave de esta Decisión y de la posición que respecto a estas ayudas va adoptar la Comisión. Las condiciones y límites que se impone a continuación no son sino un intento por conciliar los múltiples intereses en conflicto que suscitan.

Tras examinar el caso planteado por las ayudas a Ryanair, la Comisión llega a la conclusión de que las compañías de bajo coste serían la única alternativa posible para lograr este objetivo³⁹; si bien reconoce que éstas no siempre estarían dispuestas a asumir el riesgo de operar en estos aeropuertos «desconocidos que no han demostrado su potencial» sin recibir un incentivo.

Para la Comisión, las ayudas operativas concedidas a Ryanair encajarían, en principio, en el citado objetivo al contribuir al desarrollo de las actividades aeroportuarias de Charleroi y enmarcarse en un proyecto conocido y coherente, al admitir que efectivamente está experimentando uno de los aumentos de pasajeros más importantes Europa.

Para verificar que pueden ser autorizadas y en qué cuantía, verifica, en primer lugar, su necesidad, para lo que es preciso partir de los mercados que se verían afectados por su concesión/autorización. Por una parte, el mercado de los servicios de transporte aéreo; y por otra, el de los servicios aeroportuarios.

En el primero de los mercados considera evidente que las ayudas concedidas a una sola empresa falsearían la competencia en toda Europa, independientemente de que las compañías beneficiarias tuvieran su base en los mismos aeropuertos o no, ya que reducirían sus costes de explotación. Sin embargo, en el caso del mercado de los servicios aeroportuarios, si bien podrían llegar a ocasionar indirectamente desequilibrios entre los aeropuertos centrales y los aeropuertos regionales, ya que podrían animar a una compañía a trasladarse de un aeropuerto a otro o a transferir una línea de un aeropuerto central a un aeropuerto secundario, la afectación sería menos probable⁴⁰ ya que dicho desvío —caso de producirse— no

³⁷ Apartado de 284 la Decisión.

³⁸ La Comisión cita expresamente diversos pasajes del Libro Blanco *La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad* [COM (2001) 370 final], citado en la propia Decisión, apartado 288.

³⁹ Como subraya la Comisión, las compañías que denomina «tradicionales» preferirían «los aeropuertos bien establecidos y bien situados, con conexiones rápidas, a los que están acostumbrados los consumidores y en donde disponen de franjas horarias que no quieren perder» (apartado 293 de la Decisión).

⁴⁰ La Comisión considera poco probable esta posibilidad, ya que su coste es potencialmente

sería automático, suscitándose, en realidad, lo que denomina de manera expresiva como un «*pulso competitivo*»⁴¹ en el que, precisamente, la aparición de estas nuevas líneas podría constituir un factor estimulante del mercado de los dos aeropuertos, como consideraba que se había producido en el caso Ryanair/Charleroi, lo que no exime de la necesidad de fijarles ciertos límites y condiciones⁴².

Así, considera que las ayudas concedidas a las compañías aéreas sólo podrán estar destinadas a abrir nuevas rutas o aumentar las frecuencias que consigan un mayor volumen neto de pasajeros con salida en el aeropuerto regional, para asumir parte del riesgo que corre la compañía, descartando «*en principio*» que puedan concederse para rutas que existieran con anterioridad, pues en éstas el riesgo sería menor ya que no sería preciso el incentivo.

Tampoco cabría la posibilidad de autorizarlas para lanzar una nueva ruta en sustitución de una ya existente que hubiera recibido ayudas para su puesta marcha, puesto que no se produciría un efecto neto positivo en el número de pasajeros del aeropuerto⁴³. Ni las destinadas a que una nueva compañía ofrezca vuelos en una ruta ya existente en competición directa con la compañía que la explota a partir del mismo aeropuerto, puesto que la nueva compañía debe contar con sus propios recursos para competir con una compañía existente y no con las ayudas públicas.

La necesidad de que la ayuda sea imprescindible para que la actividad pudiera llevarse a cabo debe cohonestarse, no obstante, con la exigencia inexcusable de que dicha actividad llegue a ser rentable por sí misma, sin más ayudas que la mantengan de manera artificial, lo que sólo se consigue exigiendo que su concesión se fije por un tiempo limitado y su impor-

muy alto y es arriesgado desde un punto de vista financiero para una compañía aérea y, además, las compañías tienen en cuenta el tipo de servicios que les ofrecen los aeropuertos y que se ajustan a estrategias comerciales definidas.

⁴¹ Una evidencia que acreditaría este «pulso competitivo» podemos encontrarla en el hecho de que algunas compañías tradicionales no sólo luchan por ofrecer «vuelos baratos», sino que funden sus propias compañías de bajo coste (en este sentido, ver la noticia que recoge el diario *Expansión*, lunes, 16 de enero de 2006, p. 3, bajo el título «Iberia negocia con inversores catalanes crear una aerolínea de bajo coste desde Barcelona»).

⁴² Aunque entendemos que, siguiendo el razonamiento de la Comisión, es ahí donde radica el éxito de la simbiosis entre los aeropuertos regionales y las aerolíneas de bajo coste, puesto que las desventajas para el potencial viajero se verían compensadas con la significativa reducción de costes y, por ello, de los precios de los billetes, que es la fórmula por la que han optado este tipo de compañías, la admisión de estas ayudas puede suscitar un problema que la propia Comisión advierte, el de que las propias compañías de bajo coste alienten una pugna entre los aeropuertos regionales para captar sus servicios, lo que puede provocar la desviación del objetivo inicial (lícito), por lo que se hace necesario establecer reglas generales que impidan que estas ayudas puedan ser desproporcionadas, fijando una serie de límites y condiciones.

⁴³ En este punto la Comisión detecta un problema importante: la posible «*escalada de subvenciones*» trasladando la ruta de un aeropuerto a otro de la misma área de influencia, una vez conseguida la ayuda máxima en el primero. Por ello, considera que en el futuro no se podrán conceder tampoco ayudas a las rutas que la compañía Ryanair creara para sustituir otra existente de esa misma compañía a partir de otro aeropuerto situado en la misma zona de influencia económica o de población (apartado 306 de la Decisión).

te pueda ser decreciente⁴⁴, lo que no concurría en las ayudas a la comercialización concedidas a Ryanair, por lo que propone que el plazo sea sólo de cinco años⁴⁵ y que su importe se fije en relación a los costes del período de puesta en marcha⁴⁶.

La exigencia de que el importe de la ayuda sea proporcional al objeto perseguido implica que el importe máximo de la ayuda se limite al 50 por 100 de los costes adicionales de puesta en marcha que la compañía aérea no tendría que costear a ritmo de crucero, por entender que sólo serían éstos los que exigirían verdaderamente la contribución pública para compartir el riesgo de falta de viabilidad relacionado con el período de puesta en marcha⁴⁷.

Asimismo, y con el objetivo de ganar transparencia, la ayuda deberá calcularse por pasajero embarcado para poder ser fácilmente identificable e identificada, exigiéndose que se haga público que un aeropuerto conceda ayudas como compensación a prestaciones económicas como la inauguración de nuevas rutas, de manera que las compañías aéreas interesadas puedan manifestarse y conseguirlas, y se deberán respetar, como es lógico, las normas y principios de contratación pública, garantizando que en su adjudicación se establezcan criterios objetivos sobre el importe máximo de la misma y su duración, para garantizar un trato igual para todas las compañías aéreas⁴⁸.

⁴⁴ A este respecto, la Comisión específica (apartado 311 *in fine*) que el decrecimiento podría depender también del tamaño del aeropuerto, de manera que se diera una ayuda más importante para desarrollar al principio los aeropuertos más pequeños y se redujera cuando hubiese aumentado su importancia y, por lo tanto, su capacidad de atracción.

⁴⁵ La Comisión fija la razonabilidad de este plazo en relación con el fijado para las ayudas a la puesta en marcha de los servicios marítimos y teniendo en cuenta la similitud con los regímenes de obligaciones de servicio público. La Comisión aclara que, aunque en el sector de los servicios marítimos de transporte de carga se decidió un período de tres años, en el transporte aéreo se podía aplicar un período máximo de cinco años, en particular, en el caso de las compañías de bajo coste, sector que en Europa tiene una gran vitalidad y se caracteriza por un crecimiento exponencial de la cifra de negocios, siendo este plazo el que permitiría alcanzar el nivel de rentabilidad (apartado 313 de la Decisión).

⁴⁶ Aunque los datos que maneja la Comisión le permiten considerar que las rutas son rentables antes del período indicado de cinco años, es consciente, no obstante, como señala expresamente en el apartado 316, de que se trata de la primera vez que aprueba una decisión sobre las ayudas concedidas a una compañía aérea para la puesta en marcha de rutas y que, por lo tanto, *«deben evaluarse los efectos incentivadores y la proporcionalidad de esas ayudas en función de los tres parámetros anteriormente mencionados que contribuyen al interés común: la lucha general contra la congestión aérea aumentando la oferta, lo que tiene efectos más bien en las zonas densamente pobladas, la mejora de la situación económica general y el nivel de desarrollo de la región considera y, por último, el desarrollo de la competencia que se ve favorecido por las ayudas dirigidas a un fin particular»*, fijando en dicha duración la condición para autorizarlas en este caso.

⁴⁷ Como se especifica en el apartado 323, estos costes se refieren, por ejemplo, a los gastos de comercialización y publicidad que deben hacerse al principio para dar a conocer la ruta, la inversión que había hecho Ryanair para instalarse en Charleroi, los descuentos excepcionales en relación con las tarifas aeroportuarias públicas, necesarios para poner en marcha la línea. Por el contrario, la ayuda sólo podía referirse a los costes operativos regulares, como el alquiler o la amortización de los aviones, combustible, remuneración de tripulaciones y gastos de restauración.

⁴⁸ Los Estados miembros deberán prever procedimientos de recurso para garantizar que no se

La Comisión exige también la existencia de un procedimiento sancionador para los casos en los que las compañías aéreas no respeten los compromisos alcanzados con un aeropuerto al recibir las ayudas y de un sistema de recuperación de la ayuda o exigir a la compañía aérea el depósito de una garantía y reglas para evitar la acumulación de ayudas, de modo que, en cualquier caso, el total de las ayudas para una nueva ruta supere el 50 por 100 de los costes de puesta en marcha, comercialización y únicos en ambos destinos y que las contribuciones en uno de los destinos no podrán ser superiores al 50 por 100 de los costes de ese destino.

b) Conclusiones de la Comisión

Por las razones expuestas, la Comisión llegó a la conclusión de que ni los descuentos en las tarifas aeroportuarias, ni las garantías de compensación concedidas por la Región Valona, podían ser autorizadas en modo alguno.

Por el contrario, admitió la compatibilidad de las demás ayudas, considerándolas vinculadas a la puesta en marcha de nuevas rutas, supeditando las mismas, no obstante, al cumplimiento de ocho condiciones, que resumen lo expuesto con anterioridad⁴⁹.

3. LAS DIRECTRICES APROBADAS POR LA COMISIÓN EN 2005

Sobre la base de la Decisión recaída en el caso Ryanair/Charleroi y con el objetivo de ofrecer unos criterios generales formulados como tales, la Comisión elaboró inicialmente un «*Discussion Paper*» (en adelante, «*DP*») que, como propuesta de comunicación, sometió a información pública⁵⁰, y finalmente aprobó como comunicación bajo el título de «*Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales*» (en adelante, «*las Directrices*»)⁵¹.

produzca ninguna discriminación en la concesión de las ayudas y que no se favorezca a ninguna compañía aérea en un aeropuerto determinado.

⁴⁹ Respecto a las «contribuciones únicas», por la instalación de Ryanair en Charleroi o por la inauguración de una ruta, la Comisión decidió que debían ser recuperadas «*excepto la parte que Bélgica pueda justificar está directamente relacionada con los costes de Ryanair en el aeropuerto de Charleroi, tiene efectos incentivadores y es de tipo proporcional*» (cfr. apartado 317 y art. 4.4 de la Decisión).

⁵⁰ El plazo para presentar observaciones iniciado a mediados de febrero de 2005 estuvo abierto hasta el 7 de marzo de 2005. Cfr. IP/05/149, de 8 de febrero de 2005.

⁵¹ Como es lógico, analizaremos la versión definitiva de este documento, aunque trataremos de poner de relieve los cambios más relevantes que éste experimentó a lo largo de su elaboración, desde la versión inicial sometida a observaciones públicas.

A este documento, que expone la posición de la Comisión acerca de este tema, nos vamos a referir ahora.

A. CONSIDERACIONES GENERALES Y NORMAS COMUNES SOBRE COMPATIBILIDAD

La Comisión parte para elaborar este documento de los efectos producidos por el progresivo proceso de liberalización experimentado por el sector del transporte aéreo en los últimos años, mencionando como complemento esencial del mismo la estricta disciplina en materia de ayudas estatales que la había acompañado.

Dado el contenido y la finalidad del documento, la Comisión delimita diversas categorías de aeropuertos⁵² y ofrece algunas precisiones acerca de las compañías de bajo coste.

El criterio que elige para abordar el estudio de los diversos tipos de aeropuertos europeos es el del volumen de pasajeros que los utilizan⁵³. Conforme al mismo, distingue hasta cuatro grandes categorías de aeropuertos. La primera categoría (categoría A) se corresponde con los «*grandes aeropuertos comunitarios*»⁵⁴, que son los que cuentan con más de 10 millones de pasajeros anuales. La segunda (categoría B) está representada por los «*aeropuertos nacionales*», cuyo volumen anual de pasajeros se sitúa entre 5 y 10 millones. En tercer lugar (categoría C) están los «*grandes aeropuertos regionales*», que son aquellos cuya cifra anual de pasajeros se sitúa entre 1 y 5 millones. Finalmente, la categoría D, que comprende los «*pequeños aeropuertos regionales*», que son aquellos cuyo volumen anual de tráfico es inferior a 1 millón de pasajeros.

Por lo que se refiere a las compañías de bajo coste, la Comisión se limita a ofrecer algunos datos comparativos respecto de las compañías aéreas clásicas o tradicionales⁵⁵ en los últimos años⁵⁶, destacando su contribución al «*descenso general de los precios del transporte aéreo en Eu-*

⁵² En la Decisión en el caso Ryanair, la Comisión ya había puesto de manifiesto que se carecía de una definición de aeropuerto grande, aeropuerto mediano y aeropuerto pequeño (apartado 286).

⁵³ Al igual que en la Decisión Ryanair/Charleori, la Comisión reproduce diversas clasificaciones, que no llegan a satisfacerle plenamente.

⁵⁴ La Comunicación utiliza también, incluso en la versión en castellano, la expresión de «*hub-saeroportuarios*» (derivado del término anglosajón «*hub*», que podemos traducir por «*eje*») o «*plataformas internacionales*» para referirse a los grandes aeropuertos, no limitándola, lógicamente, a los europeos.

⁵⁵ La Comisión emplea ambas denominaciones, que identifica con las «*compañías de bandera*», aunque algunas de ellas hayan perdido la condición de públicas tras los procesos de privatización que han experimentado.

⁵⁶ La simple comparación de los datos que se recogían en el DP con los que aparecen en la versión final, actualizados a 2004, revelan la importancia cada vez mayor de estas compañías. A título de ejemplo, en el documento inicial se decía que las tres principales compañías del sector habían transportado 34 millones de pasajeros en la UE en 2002, cifra que se elevaba en el documento final a más de 62 millones al manejar datos de 2004. En el caso de España, estas compañías representarían

ropa, a la diversificación de la oferta de servicios y a la democratización del acceso al transporte aéreo»⁵⁷.

El motivo que lleva a la Comisión a adoptar estas Directrices aparece explicitado con claridad cuando señala⁵⁸ que «... *la forma en que las compañías aéreas de bajo coste negocian actualmente la concesión de subvenciones por parte de los poderes públicos, ya sea directamente o a través de los gestores aeroportuarios, ha suscitado diversas cuestiones relativas a la aplicación de la normativa de competencia del Tratado CE, dando lugar a la presentación de algunas denuncias a la Comisión [...]*⁵⁹. *Ello ha generado en el mercado la expectativa de un marco jurídico claro que defina las normas aplicables a estas nuevas prácticas*». Se trata, por lo tanto, de aspectos nuevos que no se hallaban cubiertos por las Directrices de 1994, relativas al sector de la aviación.

Su valor jurídico, como en general el de las directrices adoptadas por la Comisión, es puramente indicativo, puesto que se limitan a ofrecer a título informativo «*la interpretación general que en el momento de su redacción la Comisión hace de tales cuestiones. Dichas posiciones son indicativas y se formulan sin perjuicio de la interpretación de esta noción por parte del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia*».

La Comisión determina con claridad el ámbito de aplicación de las Directrices y ofrece unas normas comunes acerca de la compatibilidad de las potenciales ayudas de que puedan beneficiarse los aeropuertos y las aerolíneas. Su objeto es también limitado: dar a conocer la medida y condiciones en que la Comisión valorará la financiación pública de los aeropuertos, así como las ayudas estatales a la puesta en marcha de rutas aéreas, ateniéndose a las normas y los procedimientos comunitarios sobre ayudas estatales. A tal efecto, las Directrices formulan una suerte de jerarquía, de acuerdo con la cual la Comisión examinará, en primer lugar, la posible aplicación del art. 86.2 CE y, en caso negativo, las excepciones contempladas en el art. 87.3 CE.

De acuerdo con lo expuesto, la Comisión va a considerar, en primer lugar, si cabe la aplicación del art. 86.2 CE atendiendo a que las empresas beneficiarias de las potenciales ayudas desempeñen funciones que puedan ser calificadas como servicios de interés económico general (SIEG)⁶⁰. En

el 35,5 por 100 del mercado (fuente: *Expansión*, lunes, 16 de febrero de 2006, sección La Llave, «Iberia y el bajo coste», p. 2).

⁵⁷ Punto 17 de las Directrices. Resulta interesante destacar que la mención expresa a su contribución a la diversificación de la oferta de servicios no aparecía recogida en la versión inicial del documento (punto 6 del DP).

⁵⁸ Punto 17 de las Directrices.

⁵⁹ En este punto la Comisión hace una mención expresa a su Decisión en el caso Ryanair/Charleroi.

⁶⁰ A propósito de la noción de SIEG, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO, C 281, de 26 de septiembre de 1996, p. 3) señala lo siguiente: «Mencionados en el Tratado en el art. 90, designan las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obli-

este caso, la Comisión habrá de verificar si con arreglo a la jurisprudencia que interpreta este precepto⁶¹ puede excluirse que las medidas cuestionadas sean ayudas estatales⁶², al tratarse de meras compensaciones por las obligaciones de servicio público asumidas, o si, caso de serlo, pueden ampararse en dicho precepto.

En el caso en que el art. 86.2 CE no sea de aplicación, las Directrices prevén que se verifique la posible aplicación de las excepciones contenidas en el art. 87.3 CE.

Sin embargo, las Directrices hacen alusión únicamente a las excepciones contempladas en las letras *a)*, *b)* y *c)* de dicho precepto, jerarquizando también, en cierta medida, su aplicación.

Así considera que, en primer lugar, habrá que valorar la posibilidad de considerarlas como ayudas regionales [letras *a)* y *c)*, segundo inciso]⁶³. En caso contrario, se deberá examinar si pueden tener por objeto la reali-

gaciones específicas de servicio público. Éste es el caso de los servicios en red de transportes, energía y comunicación». Esta Comunicación ha sido reemplazada por una nueva Comunicación de la Comisión bajo el título de «Los servicios de interés general en Europa» [COM (2000) 580 final, de 20 de septiembre de 2000, publicada en DO, C 17, de 19 de enero de 2001, p. 4], cuya aprobación se debió al Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000.

⁶¹ STJCE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, asunto C-280/00. *Rec.* 2003, p. I-07947, especialmente apartados 88-94. Acerca de esta jurisprudencia puede verse nuestro trabajo J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, «De nuevo sobre la financiación de los servicios de interés económico general y las ayudas de Estado. Comentario de la STJCE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, asunto C-280/00», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, A Coruña, 2004, pp. 1075-1094. Téngase también en cuenta el «paquete modernizador» del art. 86 CE, recientemente aprobado por la Comisión y el Consejo: Directiva 2005/81/CE de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia entre determinadas empresas (DO, L 312, de 29 de noviembre de 2005, p. 47); Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO, L 312, de 29 de noviembre de 2005, p. 67), y el Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (DO, C 297, de 29 de noviembre de 2005, p. 4).

⁶² Con arreglo a la jurisprudencia *Almark*, las compensaciones deben cumplir cuatro condiciones: 1) la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público, las cuales han de estar claramente definidas; 2) los parámetros para el cálculo de la compensación tienen que establecerse previamente de forma objetiva y transparente; 3) la compensación no debe superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones, y 4) cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado conforme a un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios al menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse basándose en un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada de medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

⁶³ Téngase en cuenta para las ayudas que se pretendan conceder a partir de 2007 las nuevas

zación de un proyecto importante de interés común europeo [letra b)], limitando esta posibilidad a que tal proyecto se pueda encuadrar en las redes transeuropeas, que pueden incluir aeropuertos. Finalmente, «cuando no sean aplicables las disposiciones que se acaban de citar», su evaluación se efectuaría con arreglo a lo dispuesto en el art. 87.3.c) CE, es decir, valorándolas a la luz de consideraciones estrictamente sectoriales, con el límite recogido en dicho precepto de que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

El punto de partida del análisis es, en todo caso, que la medida pueda o no ser calificada como ayuda estatal, es decir, que reúna todas y cada una de las condiciones que enuncia el art. 87.1 CE. Para ello es preciso, con carácter previo, que la actividad desarrollada por el presunto beneficiario permita calificarlo como empresa.

La cuestión no ofrece dudas en el caso de las compañías aéreas, puesto que su actividad es, indudablemente, una actividad económica. En el mismo sentido, cuando un aeropuerto, sea cual sea su naturaleza jurídica y modo de financiación, lleva a cabo actividades económicas, constituirá igualmente una empresa a efectos de la aplicación del art. 87.1 CE.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria⁶⁴, la Comisión distingue, no obstante, ciertas actividades que no cabe reputar, en sentido estricto, como económicas, puesto que incumben normalmente al Estado en el ejercicio de sus prerrogativas como poder público. Tal es el caso, por ejemplo, de la protección, el control del tránsito aéreo, la policía, las aduanas. La eventual financiación pública de estas actividades no económicas debe limitarse estrictamente a compensar los costes generados y no puede ser desviada a las demás actividades que sí cabe reputar como económicas⁶⁵.

La financiación pública para las actividades que lleven a cabo los aeropuertos que no resulten calificadas como SIEG deberá ser examinada con arreglo a las reglas sobre ayudas estatales.

La Comisión centra su atención en dos aspectos básicos: su eventual efecto sobre la competencia y el comercio entre los Estados miembros y la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado⁶⁶.

Dejando al margen otros posibles parámetros, la Comisión analiza los eventuales efectos que la financiación pública de los aeropuertos puede

Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013 (DO, C 54, de 4 de marzo de 2006, p. 13).

⁶⁴ STPI de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-128/98, *Rec.* 2000, p. II-03929.

⁶⁵ La Comisión cita textualmente, a este respecto, su expresiva Comunicación del 10 de octubre de 2001 a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001.

⁶⁶ En buena lógica, el orden debería ser inverso, pues si la medida se ajusta al comportamiento previsible de un inversor privado no sería preciso analizar sus efectos sobre la competencia y el comercio intracomunitario, porque ya no se trataría de ayudas estatales. El punto relativo a este principio fue añadido en la versión definitiva de las Directrices, puesto que no figuraba en la propuesta inicial (DP).

ocasionar, tomando como referencia la clasificación de los aeropuertos que propone en las propias Directrices. Con arreglo a la misma, considera indudable que las subvenciones otorgadas a los de las categorías superiores, es decir, los aeropuertos comunitarios y nacionales (categorías A y B), falsean la competencia y afectan al comercio entre los Estados miembros, lo que sería poco probable en el caso de las concedidas a los pequeños aeropuertos regionales (categoría D), por lo que estas últimas podrían eludir la consideración de ayudas estatales.

Fuera de estas apreciaciones iniciales, considera que no es posible ofrecer criterios generales y de aplicación universal, por lo que resulta inexcusable la notificación previa de todas las medidas que puedan constituir ayuda estatal a un aeropuerto de las categorías C y D⁶⁷, puesto que no es posible excluir *a priori* que puedan constituir ayudas estatales.

Para valorar la posible atribución de ventajas a favor de los titulares de los aeropuertos, sean éstos públicos o privados, o a favor de las aerolíneas que pretendan impulsar nuevas líneas, la Comisión acude, como ya hiciera en el caso Ryanair/Charleroi, al conocido principio del inversor privado en una economía de mercado, expuesto, sin mencionarlo explícitamente, tal y como lo aplicó en dicho caso.

De acuerdo con el mismo, cuando un aeropuerto público conceda a una compañía aérea ventajas financieras utilizando sus propios recursos, generados gracias a su actividad económica, no constituirán ayuda estatal si el aeropuerto demuestra que actúa del mismo modo que lo haría un inversor privado, aportando para ello, por ejemplo, el plan de negocio que acredite las perspectivas de rentabilidad para su actividad económica como aeropuerto.

Por el contrario, «*si un aeropuerto privado facilita una financiación que no es de hecho, sino una redistribución de recursos públicos que le han sido otorgados con ese fin por un ente territorial, tales subsidios deberán considerarse ayudas estatales en la medida en que la decisión de redistribuir los citados recursos sea imputable a las autoridades públicas*». Este supuesto exigiría, lógicamente, analizar la contabilidad de la empresa receptora para acreditar el desvío de los fondos.

La pauta de interpretación es clara, y así se expone en las Directrices, cuando señala que «*la aplicación del principio del inversor privado y, en consecuencia, la interpretación de que no existen ayudas, requiere que el*

⁶⁷ Únicamente, tal y como recoge el apartado 41 de las Directrices, y con carácter excepcional, podrán exonerarse de la obligación de notificación previa las ayudas destinadas a los aeropuertos de categoría D que tengan encomendada una misión de interés económico general, es decir, el importe que exceda a la compensación conforme a la sentencia Almark, pudiendo declararse automáticamente compatibles si se cumplen las condiciones fijadas en la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO, L 312. de 29 de noviembre de 2005, p. 67).

modelo económico global del operador considerado como inversor sea fiable: en efecto, un aeropuerto que no financie sus propias inversiones o no asuma los costes correspondientes, o cuyos costes de explotación estén sufragados con fondos públicos por encima de lo que supondría una misión de interés general, no podrá considerarse normalmente un agente privado en una economía de mercado, sin perjuicio de los resultados de un examen caso por caso; por lo tanto, resultará muy difícil aplicarle este razonamiento»⁶⁸.

Tras estas consideraciones comunes, la Comisión se centra en los dos aspectos básicos que constituyen el objeto de las Directrices: la financiación de los aeropuertos y las ayudas a la puesta en marcha.

B. LA FINANCIACIÓN DE LOS AEROPUERTOS

Acerca de esta cuestión, la Comisión va a centrarse en tres aspectos básicos: 1) la financiación (pública) de las infraestructuras aeroportuarias, 2) las subvenciones a la explotación de las infraestructuras aeroportuarias y 3) las subvenciones a los servicios aeroportuarios⁶⁹.

1. En relación con la financiación de infraestructuras aeroportuarias, la respuesta que ofrece la Comisión a esta cuestión tiene singular interés, por cuanto no se limita a considerarlas acriticamente como medidas generales⁷⁰, categoría que reserva exclusivamente la propia construcción de las mismas, considerando, por el contrario, que desde el momento en que el gestor de dichas infraestructuras ejerzan una actividad que pueda ser calificada como económica *«deberá financiar con sus propios medios los costes de utilización o construcción de las infraestructuras que gestione»⁷¹*.

⁶⁸ Punto 52 de las Directrices.

⁶⁹ Como reconoce la Comisión (punto 54), todas las actividades de los aeropuertos son susceptibles de examen, a excepción de las relacionadas con la protección, el control aéreo o cualquier otra tarea de la que sea responsable un Estado miembro en función de sus prerrogativas de poder público. La Comisión cita expresamente la Decisión núm. 309/2002, Francia: seguridad aérea. Compensación de los costes tras los atentados del 11 de septiembre de 2001. Esta Decisión puede consultarse en: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport-2002/n309-02.pdf.

⁷⁰ La cuestión de las infraestructuras como posible ayuda estatal o como una medida general se planteó, por ejemplo, en la Decisión de la Comisión de 2 de agosto de 2002, relativa a diversas medidas y a la ayuda estatal ejecutada por España en favor del parque temático «Terra Mítica, s. a.», Benidorm (Alicante) (DO, L 91, de 8 de abril de 2003, p. 23), en el que la Comisión concluyó que las autoridades españolas estaban autorizadas para financiar obras de infraestructura general, dado que eran útiles para el conjunto de la colectividad y que todos los trabajos que se efectuaran en el parque y los de conexión con las infraestructuras generales fueran efectivamente financiados por los promotores del parque y no con cargo a recursos públicos. Acerca de este caso, puede verse J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, «La Comisión resuelve sobre las presuntas ayudas estatales a “Terra Mítica”», en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, núm. 16, Despacho Albiñana & Suárez de Lezo, julio de 2003, pp. 12-14.

⁷¹ En el caso de la *«Aiuto di Stato núm. 106/2003, Italia. Contributi straordinari [della Regione Toscana] alla provincia di Livorno e Aereba SpA per la realizzazione di interventi a favore*

En consecuencia, si la Administración de un Estado miembro —en cualquiera de sus niveles— aporta tales infraestructuras «*sin actuar como inversor privado ni percibir contrapartida económica adecuada, o bien si le concede subvenciones públicas destinadas a financiar infraestructuras, ello puede entrañar una ventaja económica para dicho gestor en detrimento de sus competidores, por lo que deberá ser notificada y examinada con arreglo a la normativa sobre ayudas estatales*»⁷², sin perjuicio de su eventual compatibilidad, que examinaría con arreglo a los siguientes criterios que expone con claridad:

- 1.º Que la construcción y explotación de la infraestructura responda a un objetivo de interés general claramente definido (desarrollo regional, accesibilidad, etc.).
- 2.º Que la infraestructura sea necesaria y proporcionada al objetivo fijado.
- 3.º Que la infraestructura ofrezca perspectivas de utilización satisfactorias a medio plazo, en especial por lo que respecta al uso de infraestructuras existentes.
- 4.º Que a la infraestructura pueda acceder todo posible usuario en condiciones de igualdad y no discriminación.
- 5.º Que el desarrollo del comercio no se vea afectado de manera contraria al interés de la Comunidad.

2. Una cuestión bien diferente de la anterior es la relativa a las subvenciones a la explotación de las infraestructuras aeroportuarias. El punto de partida de la Comisión es de todo punto lógico, reiterando lo ya señalado en el propio documento: el gestor de un aeropuerto, como cualquier agente económico, tiene que sufragar con sus propios medios los costes normales relacionados con la gestión y el mantenimiento de la infraestructura aeroportuaria.

Cuando los recursos públicos aportados se limitan a compensar las cargas derivadas de la asunción de tareas de servicio público escapan a la calificación de ayudas estatales, en la medida en que se cumplan las condiciones fijadas por la sentencia Almark. Por el contrario, las cantidades que eluden tal consideración sí deben considerarse ayudas estatales al funcionamiento, cuya eventual compatibilidad estará condicionada al

dell'aeroporto di Marina di Campo nell'Isola d'Elba», la Comisión excluyó la existencia de ayuda estatal porque la medida examinada no falseaba la competencia ni afectaba a los intercambios intracomunitarios, rechazando considerarla una medida general, en la línea que ahora recogen las Directrices. Esta Decisión puede consultarse en: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport-2003/n106-03.pdf.

⁷² La Comisión descende a los casos más concretos señalando en el punto 60 que, por ejemplo, cuando se pongan a disposición del gestor de un aeropuerto infraestructuras suplementarias que no estaban previstas en el momento de la adjudicación de la infraestructura existente, el gestor deberá pagar un arrendamiento conforme al valor de mercado y que refleje tanto los costes de la nueva infraestructura como el tiempo durante el que ésta será explotada. Por otra parte, si la evolución de la infraestructura no estaba prevista en el contrato inicial, será necesario que las infraestructuras suplementarias se mantengan estrechamente vinculadas a la explotación de las ya existentes y permanezca el objeto del contrato inicial del gestor.

cumplimiento de las condiciones previstas con carácter excepcional para las ayudas a regiones desfavorecidas⁷³, o dentro de los márgenes que permite el art. 86.2 CE⁷⁴.

3. Finalmente, en lo que se refiere a las subvenciones a los servicios aeroportuarios, el punto de partida se encuentra en el propio Derecho derivado comunitario.

En efecto, la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, sobre el acceso al servicio en tierra en aeropuertos comunitarios⁷⁵, establece con claridad el criterio de que la asistencia en tierra es una actividad comercial que se debe abrir a la competencia cuando el aeropuerto sobrepase el umbral de dos millones de pasajeros. Por debajo de dicha cifra, si el gestor de la infraestructura presta también estos servicios, podrá compensar su importe con los ingresos procedentes de sus actividades puramente comerciales⁷⁶, con la exclusión, eso sí, de los recursos públicos que le hayan sido adjudicados en su calidad de autoridad aeroportuaria o gestor de un servicio de interés económico general⁷⁷.

En el caso de que el aeropuerto supere el citado umbral, deberá abrir estos servicios a la competencia, lo que supone que, caso de asumirlos directamente, dichos servicios deban ser financieramente autosuficientes, al margen tanto de los demás ingresos comerciales del aeropuerto, como de los medios públicos que puedan ser atribuidos a éste en su condición de autoridad aeroportuaria o gestor de un servicio de interés económico general.

⁷³ Respecto a las regiones que en España tiene la consideración de desfavorecidas, *vid.* la Decisión comunicada el 17 de mayo de 2000, ayuda de Estado núm. 773/99, España. Mapa de ayudas de finalidad regional para el período 2000-2006. Esta Decisión puede consultarse en: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n773-99.pdf.

⁷⁴ La Comisión se remite en este punto (núm. 64) a lo manifestado en el núm. 40 de las propias Directrices, en la que recoge su decisión de exonerar, a título excepcional, de la obligación de notificación previa las compensaciones destinadas a los aeropuertos de la categoría D que tengan encomendada una misión de interés económico general, siempre que cumplan las condiciones aludidas *infra*. En el caso de los aeropuertos de las categorías superiores (A, B o C), subsiste la obligación de notificación previa y el examen será caso por caso.

⁷⁵ *DO*, L 272, de 25 de octubre de 1996, p. 36.

⁷⁶ A título de ejemplo, la Comisión cita el caso de la actividad de asistencia en tierra con la gestión de un estacionamiento de automóviles.

⁷⁷ Las Directrices remarcan que si no hay competencia en la actividad de asistencia en tierra, el gestor deberá cuidarse, en particular, de no infringir disposiciones nacionales o comunitarias, y especialmente de no incurrir en un abuso de posición dominante contrario al art. 82 CE, que, por ejemplo, prohíbe a las empresas que gocen de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo aplicar a distintas compañías aéreas condiciones diversas para la realización de prestaciones equivalentes, de modo que ello suponga una desventaja competitiva. No debemos olvidar que estas cuestiones son las que laten tras el conflicto planteado en el caso que enfrenta a AENA con algunas de las compañías que operan en el Aeropuerto de Barajas a propósito del uso de su nueva terminal T4.

C. AYUDAS A LA PUESTA EN MARCHA

El segundo y principal asunto de que tratan las Directrices hace referencia a las ayudas a la puesta en marcha de nuevas rutas, que es donde la Comisión resume y concreta buena parte de los criterios sentados inicialmente en el caso Ryanair/Charleroi⁷⁸.

El punto de partida del análisis es el «*umbral de rentabilidad*», concepto que ya acuñara en la Decisión Ryanair/Charleroi para referirse al número de pasajeros a partir del cual las instalaciones aeroportuarias comenzarían a ser económicamente rentables⁷⁹. Para ello será preciso contrarrestar la propia dinámica del mercado del transporte aéreo, en el que la tendencia a concentrar el mayor número de operaciones en los grandes aeropuertos dificulta notablemente que los aeropuertos más pequeños puedan alcanzarlo.

Para romper esa dinámica, a través de la apertura de nuevas líneas pueden ser necesarios los incentivos públicos que lleven a las compañías a asumir el riesgo de operar desde los pequeños aeropuertos.

Siguiendo la posición adoptada en el caso Ryanair/Charleroi, la Comisión formula en las Directrices las condiciones que deberían reunir dichos incentivos para ser admisibles, fijando, con carácter previo, dos límites claros: 1) que no se podrán beneficiar de ellas los aeropuertos de gran tamaño y 2) que las nuevas líneas que se pretenda poner en servicio gracias a las mismas no se correspondan con líneas ferroviarias de alta velocidad, para garantizar el objetivo general de intermodalidad y optimización del uso de las infraestructuras.

La Comisión permitirá la autorización de estas ayudas siempre que se cumplan las siguientes condiciones⁸⁰.

⁷⁸ Debemos destacar, no obstante, que el DP seguía de manera más fiel (más literal) los argumentos sostenidos por la Comisión en el caso Ryanair/Charleroi. En este sentido, y en tono muy crítico, VOLCKER (*op. cit.* p. 1) destaca como el DP recoge dos de los cuatro argumentos empleados por la Comisión en el citado caso. Concretamente, en el punto 77 del DP se podía leer que «*la promoción del desarrollo regional, el turismo, la economía local o la imagen de la región será así la consecuencia de esa política coherente, destinada, en primer lugar, a desarrollar de manera sostenible la actividad aeroportuaria*»; mientras que en el 79 se señalaba que: «*en segundo lugar, los aeropuertos regionales podrían ser también una solución a un problema de la política de transportes: la saturación de los grandes aeropuertos*». Por el contrario, omitía cualquier consideración de carácter medioambiental, aludida en algunos pasajes de la Decisión, y a la potenciación de la competencia que podía derivar de estas ayudas. Con la excepción de las consideraciones medioambientales que no se mencionan en absoluto, entendemos que las demás consideraciones aparecen, aunque de una manera más velada, en la versión final de las Directrices.

⁷⁹ Vid. decisión Ryanair/Charleroi, apartado 13. Como ya hemos señalado, en el DP se reproducía de manera literal un párrafo de la decisión Ryanair/Charleroi en el que se señalaba como objetivo de estas ayudas el que formara parte «*de una política de desarrollo aeroportuario coherente y caracterizada por la voluntad clara de desarrollar la rentabilidad de infraestructuras que no lo son siempre*». Entendemos que su contenido se infiere de todo el documento.

⁸⁰ Apartado 3.2 (puntos 77-81) de las Directrices.

1.^a Se exige que los beneficiarios de las ayudas sean empresas de transporte aéreo que estén en posesión de una licencia de explotación válida expedida por un Estado miembro, en aplicación del Reglamento (CEE) núm. 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas⁸¹. Esta condición, que no se planteaba en el caso Ryanair/Charleroi, resulta lógica e imprescindible, entre otros motivos, por razones de seguridad, ya que éstas no deben disminuir aunque lo hagan todos los demás costes de las compañías.

2.^a Las ayudas se concederán, con carácter general, a rutas que conecten un aeropuerto regional de categoría C o D con otro aeropuerto de la Unión. Excepcionalmente, sin embargo, podrían concederse rutas que conecten aeropuertos de la categoría B entre sí «*en situaciones debidamente motivadas*», especialmente si uno de ellos está situado en una región desfavorecida. Quedarán exentos de estas limitaciones, previo examen caso por caso, las rutas que salieran de aeropuertos situados en regiones ultraperiféricas y conectaran con terceros países vecinos⁸².

3.^a Las ayudas se limitarán exclusivamente a la apertura de nuevas rutas o nuevas frecuencias, que generen un incremento de la cifra neta de pasajeros⁸³.

4.^a Se exigirá viabilidad futura y que la ayuda tenga carácter decreciente y, por lo tanto, limitado en el tiempo, que, por otro lado, son características que la Comisión viene imponiendo, con carácter general, a la hora de autorizar ayudas.

5.^a Se podrán incluir compensaciones por costes suplementarios de puesta en marcha, cuya cuantía debe estar vinculada estrechamente a dichos costes⁸⁴.

⁸¹ Art. 2 (DO, L 240, de 24 de agosto de 1992, p. 1). En el DP se utilizaba la expresión: «*Se pagará a las compañías aéreas comunitarias*» (punto 92, letra a), del DP]. Entendemos que ninguna de las dos redacciones pretendía excluir del eventual derecho a percibir las subvenciones a compañías no europeas que operen o puedan operar en Europa.

⁸² Para aclarar el sentido de esta exención resulta útil la lectura del párrafo equivalente que se recogía en el DP, que indicaba que: «*se pagarán a las compañías aéreas para líneas con origen en todas las categorías de aeropuertos situados en las regiones ultraperiféricas y destino en terceros países vecinos*» (punto 92.b)].

⁸³ Las Directrices matizan a este respecto que las ayudas no deben fomentar un mero desplazamiento del tráfico de una línea o una compañía a otra, ni podrán destinarse a una nueva ruta aérea que ya esté explotada por un servicio ferroviario de gran velocidad comparable según los mismos criterios, y que la Comisión vigilará posibles abusos, que más bien serían engaños, como la sustitución de una línea que reciba ayudas por otra supuestamente nueva que ofrezca un servicio comparable.

⁸⁴ La Comisión considera entre los costes subvencionables los gastos de mercadotecnia y publicidad para dar a conocer la nueva conexión, y los gastos de instalación en el caso de aeropuertos de categoría C o D. Por el contrario, las ayudas no podrán destinarse a sufragar costes de explotación habituales, como los derivados del arrendamiento o amortización de aeronaves, la compra de carburante, la remuneración de tripulaciones, las tasas de aeropuerto o de *catering*. La Comisión se reserva valorar dichos importes, pues prevé que dichos costes «*deberán corresponder a costes reales obtenidos en condiciones normales de mercado*».

6.^a La ayuda podrá concederse por un período limitado⁸⁵, fijando como máximo el de tres años (frente a los cinco de la decisión Ryanair/Charleroi), salvo para regiones desfavorecidas⁸⁶ (en que podrá ser de cinco), y su cuantía no podrá superar ningún año el 50 por 100 de los costes anuales subvencionables ni exceder del 30 por 100 de la media global de los costes subvencionables en todo su período de vigencia. Como es evidente, las Directrices, al formular un marco general, introducen nuevos matices que no se recogían en la decisión Ryanair/Charleroi.

7.^a La ayuda deberá interrumpirse en el momento que cumpla su objetivo en cuanto a número de pasajeros o se alcance la rentabilidad de la línea, *«incluso si tales circunstancias se producen antes del término del período de concesión de la ayuda inicialmente previsto»*. Esta previsión, que no se recogía en la decisión Ryanair/Charleroi, es también lógica y coherente, pues la excepcionalidad de la autorización de estas ayudas se encuentra precisamente en el cumplimiento de los objetivos que persigue, por lo que, cumplidos éstos, dejan de tener sentido, y viene a modular la rigidez de los plazos de autorización de tres o cinco años recogidos en la condición anterior. No debemos olvidar, no obstante, que si la financiación no es calificada como ayuda estatal, sino como simple compensación de las obligaciones de servicio público asumidas por la empresa receptora, conforme a la jurisprudencia Almark, no estará sujeta a esta limitación temporal.

8.^a El pago de la ayuda deberá vincularse a la evolución real del número de pasajeros transportados. Como reconoce la propia Comisión, esta condición pretende mantener el carácter incentivador que ha de poseer la ayuda y evitar un mero desplazamiento de máximos, cabe, por ejemplo, utilizar cuantías unitarias decrecientes por pasajero, paralelamente al aumento efectivo del tráfico.

9.^a La concesión de las ayudas no deberá ser discriminatoria. Por ello, todo ente público que prevea conceder ayudas a la puesta en marcha de una nueva ruta en beneficio de una compañía aérea, a través de un aeropuerto o por otro procedimiento, deberá hacer público su proyecto

⁸⁵ Ya no figura, al menos de manera explícita, en el texto de las Directrices la cautela que recogía el punto 93, letra e), *in fine*, del DP, que señalaba que: *«en cualquier caso, el período durante el cual se conceda a una compañía la ayuda a la puesta en marcha deberá ser siempre inferior al período durante el cual ésta se comprometa a ejercer sus actividades en el aeropuerto en cuestión»*.

⁸⁶ Las Directrices recogen que las líneas que partan de regiones desfavorecidas, es decir, las regiones ultraperiféricas, las contempladas en el art. 87, apartado 3, letra a), y las de baja densidad de población, la ayuda decreciente podrá concederse por un período máximo de cinco años. Su cuantía no podrá superar ningún año el 50 por 100 de los costes anuales subvencionables, ni exceder del 40 por 100 de la media global de los costes subvencionables en todo su período de vigencia. Si la ayuda se concede efectivamente para un período de cinco años, podrá mantenerse en el nivel del 50 por 100 de la cuantía de los costes subvencionables durante los tres primeros años.

En todo caso, el período durante el cual se conceda a una compañía una ayuda de puesta en marcha deberá ser sustancialmente inferior al período en el que la compañía se comprometa a ejercer sus actividades en el aeropuerto en cuestión, según conste en el plan de negocio prescrito en el punto 79, inciso.

con antelación y publicidad suficientes para permitir a todas las compañías aéreas interesadas proponer sus servicios. Es evidente que dicha publicidad deberá poder acreditarse y trata de evitar que, como en el caso Ryanair/Charleroi, se alegue que ninguna compañía aceptó la propuesta, pues ésta debe ser general para todas y no fruto de una negociación individualizada y «privada».

10.^a Un requisito especialmente interesante es el que hace referencia a que toda compañía aérea que proponga un servicio a un ente público dispuesto a conceder una ayuda de puesta en marcha deberá adjuntar a su solicitud un plan de negocio en que se demuestre la viabilidad de la línea durante un período sustancial tras la extinción de la ayuda y que el ente que vaya a concederla deberá examinar, «antes de la concesión de la ayuda», su repercusión sobre las líneas competidoras. Debemos entender que, en coherencia con el punto anterior, antes de conceder la subvención debe hacerla pública a las demás compañías, para que puedan optar a ellas.

11.^a En relación con la publicidad de las ayudas, se incorpora el requisito de la «publicidad *a posteriori*», es decir, se impone a los Estados miembros la obligación de velar por que se publique anualmente, para cada aeropuerto, la lista de rutas que perciban ayudas, «indicando para cada una la fuente de financiación pública, la compañía beneficiaria, la cuantía de la ayuda entregada y el número de pasajeros afectados», lo que permitirá comprobar que la ayuda cumple los requisitos que legitiman su autorización.

12.^a Con el fin de garantizar que no existe trato discriminatorio en la concesión de las ayudas, la Comisión impone a los Estados miembros que quieran conceder estas ayudas, que además de las vías de recurso judicial que establece la normativa sobre contratación pública, prevean «otros procedimientos de recurso».

13.^a Finalmente, se deberá establecer un procedimiento sancionador para el caso de que un transportista incumpla los compromisos asumidos con el aeropuerto en el momento de la entrega de la ayuda. A tal efecto, las Directrices imponen la obligatoriedad de que se establezca un sistema de recuperación de la ayuda o exigir a la compañía aérea el depósito de una garantía que permita al aeropuerto asegurarse de que ésta respete dichos compromisos⁸⁷. En este punto resulta llamativo que la Comisión hable de sanción, por cuanto el incumplimiento de las condiciones de la concesión lleva aparejado, como efectivamente indican las Directrices, la obligación de restituir su importe.

⁸⁷ Estos compromisos se recogían ya en la decisión Ryanair/Charleroi, apartado 321.

4. VALORACIÓN DE CONJUNTO

La aprobación de estas Directrices merecen, con carácter general, una consideración positiva, destacando de manera especial la pronta reacción de la Comisión ante un problema que podría tender a hacerse más grave.

A esta valoración inicial contribuye el hecho de que el texto aprobado incorpore mayores precisiones que las que podían extraerse de la decisión Ryanair/Charleroi, cuyo valor, a este respecto, era muy meritorio, pero resultaba insuficiente ante la variada casuística que podía producirse.

Por otro lado, también debemos destacar que las Directrices aborden no sólo las ayudas a las nuevas rutas, de las que se beneficiarían las compañías aéreas, sino que también entre en el no menos delicado tema de la financiación de las infraestructuras aeroportuarias y su gestión, cuestiones ambas que han suscitado y suscitan importantes conflictos de intereses, ya que dichas instalaciones pueden ser negocios muy rentables y, por ello, muy codiciados⁸⁸.

Quizás pueda discutirse la solución final a la que la Comisión ha llegado en algunas cuestiones, pero no cabe duda de que existe una fuerte voluntad de incrementar la transparencia en la concesión de estas ayudas, a lo que contribuirán notablemente alguno de los mecanismos incorporados al documento.

Por otro lado, al no aplicarse la regla *de minimis* ni ser una exención por categoría, que debería adoptarse por medio de un reglamento, se sienta la regla general de que debe notificarse previamente cualquier proyecto de concesión de estas ayudas para que sea autorizada, lo que contribuirá a la transparencia.

Finalmente, debemos destacar que la correcta aplicación de estas Directrices no sólo permitirá garantizar niveles de competencia entre las aerolíneas tradicionales y las de bajo coste, impulsando a aquellas a optar por este nuevo modelo en algunos casos, sino que también va a fomentar la competencia entre las propias aerolíneas de bajo coste, contribuyendo a consolidar este nuevo mercado y, al mismo tiempo, pondrá en evidencia y tratará de evitar, no sabemos con qué éxito, las absurdas, pero frecuentes, guerras de subvenciones entre las Administraciones concedentes que, paradójicamente, suelen pertenecer, casi siempre, al mismo Estado miembro.

⁸⁸ Resulta especialmente ilustrativa de esta afirmación la pugna de la que se hace eco la prensa estos días por el control de la BAA (British Airports Authority), que es la operadora que gestiona los tres principales aeropuertos británicos.

EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EUROPA: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

M.^a Luz LABRADA TELLADO

Jordi FORNELLS DE FRUTOS

Subdirección General de Concentraciones

Dirección General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de control de concentraciones en el entorno europeo es un sistema dual en el que existen competencias paralelas entre la autoridad de competencia europea (la Comisión Europea) y las autoridades de competencia de los distintos Estados miembros.

El objetivo final de este sistema dual es que aquellas concentraciones cuyo efecto trascienda las fronteras nacionales puedan ser analizadas por la Comisión Europea. Por el contrario, aquellas concentraciones que sólo produzcan efectos en los mercados nacionales podrán ser analizadas por el Estado miembro correspondiente.

El gran inspirador de este sistema es el principio de subsidiariedad, uno de los principios fundamentales de la Unión Europea. El mismo se encuentra recogido en el art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE). Aplicado al ámbito del control de las concentraciones, este principio se traduce en que el control debe realizarse al nivel competencial más apropiado.

La experiencia ha confirmado que, en determinados casos, la Comisión puede estar mejor situada para tramitar las concentraciones cuyos participantes operan en mercados de dimensión supranacional. Esto también puede ocurrir con los asuntos en los que las partes tienen una presencia significativa en distintos Estados miembros, o con los asuntos que pueden tener repercusiones significativas desde el punto de vista de la competencia en otras zonas de la Comunidad en las que las partes de la operación de concentración no operan directamente, por ejemplo, al

impedir en los países afectados la entrada de competidores de otros Estados miembros.

Adicionalmente y por motivos de eficacia, el análisis de determinadas concentraciones por parte de la Comisión puede evitar la tramitación de los mismos asuntos simultáneamente en los distintos Estados miembros, permitiendo de este modo el ahorro de medios y la reducción de costes para las empresas. Asimismo, puede servir para evitar posibles resoluciones contradictorias entre las autoridades nacionales.

Por el contrario, los Estados miembros pueden estar mejor situados para estudiar las operaciones de concentración que produzcan sus efectos en el territorio de un solo Estado.

Por tanto, el principio de subsidiariedad aplicado al control de concentraciones en Europa implica una doble finalidad: una actuación más eficaz y eficiente de las autoridades de competencia con sus recursos limitados y una reducción de costes para las empresas, que ven incrementada su certeza en que la operación será conocida por la autoridad mejor posicionada para ello.

Otro pilar del buen funcionamiento del sistema de control de concentraciones en Europa es la necesaria coordinación y cooperación entre las distintas autoridades de competencia en aras de un adecuado cumplimiento del principio de subsidiariedad. La importancia de la coordinación ha quedado plasmada a través del desarrollo de una red europea de autoridades de competencia a la que hace referencia el actual Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante Reglamento 139/2004)¹.

Esa coordinación es especialmente importante si se tiene en cuenta que la existencia de un sistema dual de distribución de competencias puede llevar a un debate competencial entre la Comisión y los Estados miembros, pues éstos podrían resistirse a perder el control de concentraciones a favor de la Comisión. Este debate ha estado presente no sólo en la producción del primer Reglamento comunitario de concentraciones², sino en cada proceso de reforma que se ha ido desarrollando desde 1989 hasta la actualidad. No debe olvidarse que, en materia de control de concentraciones, la competencia legislativa corresponde al Consejo de la UE, que debe tomar una decisión por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, dado que se trata de una materia no expresamente prevista en el TCE³, lo que otorga, en este ámbito, un poder de veto a cada uno de los Estados miembros.

¹ Ver Considerando 14 del Reglamento 139/2004.

² Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

³ Ver art. 308 TCE.

Este sistema debe estar presidido también por un principio de lealtad institucional con el objeto de no hacer quebrar la confianza legítima de los ciudadanos, de tal forma que todas las autoridades implicadas sepan mantener un adecuado equilibrio competencial basado no en la defensa de los intereses particulares, sino en la adecuada consecución del principio de subsidiariedad.

En la actualidad, el sistema de control de concentraciones se caracteriza por estar ampliamente consolidado desde la doble perspectiva técnico-jurídica derivada de la propia consolidación práctica y de la experiencia acumulada, tanto de la Comisión Europea como de la mayoría de las autoridades de competencia de los distintos Estados miembros.

Desde la actual perspectiva jurídica, la base de la distribución de competencias radica en el Reglamento 139/2004, que ha sido el producto de una serie de reformas o análisis previos realizados por el Reglamento de concentraciones de 1989, el Libro Verde de 1996, el Reglamento 1310/1997⁴ y el Libro Verde de 2001.

El Reglamento 139/2004 determina, a través del concepto de dimensión comunitaria, cuál es la autoridad competente para conocer cada caso. En este sentido, el art. 21 del mismo⁵ establece la competencia exclusiva de la Comisión Europea para la adopción de las decisiones previstas en dicho Reglamento y la obligación por parte de los Estados miembros de abstenerse de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.

Tal dimensión comunitaria aparece definida a través de un umbral cuantitativo, ya que el Reglamento 139/2004 considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado, con independencia de dónde se encuentra la sede social de las empresas o sus actividades principales, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la Comunidad. El Reglamento presupone que a partir de estos volúmenes estas operaciones tienen un impacto que trasciende las fronteras nacionales del Estado miembro. No obstante, el propio Reglamento prevé una cláusula de escape al establecer la denominada regla de los dos tercios, por la cual si todas las empresas afectadas por la operación de concentración obtienen más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario

⁴ Reglamento (CE) núm. 1310/1997 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

⁵ Art. 21.2: «La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sujeta al control del Tribunal de Justicia».

Art. 21.3: «Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.»

El primer párrafo se entenderá sin perjuicio del poder de los Estados miembros de efectuar las investigaciones necesarias para la aplicación del apartado 4 del art 4 y del apartado 2 del art 9 y de adoptar, tras la remisión con arreglo a la letra b) del primer párrafo del apartado 3 del art. 9 o al apartado 5 del art. 9, las medidas estrictamente necesarias en aplicación del apartado 8 del art. 9.

en un mismo Estado miembro, la operación no tiene dimensión comunitaria aunque supere los umbrales.

Existen dos excepciones al principio de competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el Reglamento 139/2004 y, por tanto, para analizar las concentraciones de dimensión comunitaria: (i) un sistema de remisiones bidireccional entre la Comisión y los EEMM, e (ii) la adopción de medias pertinentes por parte de los Estados miembros para la protección de intereses legítimos regulada en el art. 21.4 del Reglamento 139/2004⁶.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que este sistema de distribución de competencias, basado en competencias exclusivas y en el solapamiento de procedimientos comunitarios y nacionales, contrasta con el existente en el marco de las conductas colusorias y abusivas, que se regulan directamente en los arts. 81 y 82 del TCE, y en el que se atribuyen competencias compartidas entre la Comisión y los Estados miembros cuando las conductas perseguidas «puedan afectar al comercio entre los Estados miembros».

Al optar por el sistema de distribución de competencias actual en materia de control de concentraciones, el legislador comunitario ha pretendido crear un sistema eficaz, eficiente y objetivo que minimice los posibles conflictos de competencias entre autoridades y a la vez evite los riesgos de «*forum shopping*»⁷ por parte de las empresas. Sin embargo, la experiencia nos indica que no siempre es fácil administrar este mecanismo de distribución de competencias.

Finalmente, cabe señalar que el nuevo Reglamento del 2004 no ha gozado del carácter novedoso del anterior Reglamento 4064/1989, pero sí presenta el valor añadido de toda norma que viene a reformar una ya existente con fundamento en las debilidades detectadas a través de la propia praxis del control de concentraciones. Adicionalmente, este Reglamento 139/2004 debe hacer frente a los nuevos retos de la Unión Europea del siglo XXI, que ha introducido la Unión monetaria desde 1999, que ha firmado el Acuerdo del Espacio Económico Europeo⁸, que se ha ampliado

⁶ Art. 21.4: «No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario.

Se considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.

Cualquier otro interés público deberá ser comunicado por el Estado miembro de que se trate a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas mencionadas anteriormente. La Comisión notificará su decisión al Estado miembro de que se trate en el plazo de veinticinco días laborables a partir de dicha comunicación».

⁷ *Forum shopping*: posibilidad de elegir subjetivamente la jurisdicción a aplicar.

⁸ Este acuerdo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, ha extendido la competencia exclusiva de la Comisión Europea sobre las concentraciones de dimensión comunitaria a todo el territorio del EEE.

de doce a veinticinco Estados miembros y cuyos mercados están cada vez más integrados.

Por tanto, partiendo de las ideas introductorias mencionadas, en el presente artículo se analizará la configuración actual del sistema de distribución de competencias entre la Comisión y los Estados miembros en el ámbito del control de concentraciones. En particular, se estudiará la competencia exclusiva de la Comisión Europea a partir del concepto de dimensión comunitaria de una operación de concentración, y las excepciones a esa competencia exclusiva fundamentadas en el sistema de remisión de operaciones entre la Comisión y los Estados miembros, y las posibilidades de intervención de los Estados miembros para defender intereses legítimos en operaciones de concentración sujetas al Reglamento comunitario. Por último, se describirán las fortalezas y debilidades más importantes de este sistema competencial.

2. COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA COMISIÓN

A. DIMENSIÓN COMUNITARIA DE UNA CONCENTRACIÓN

Como ya se ha mencionado anteriormente, la Comisión Europea tiene competencia exclusiva sobre una operación de concentración cuando ésta tiene dimensión comunitaria. La dimensión comunitaria de una concentración aparece definida en el art. 1.2 del Reglamento comunitario, cuyo texto procede de la redacción del Reglamento 4064/1989.

El art. 1.2 establece que tendrán dimensión comunitaria las concentraciones en las que el volumen de negocios mundial del conjunto de las empresas afectadas sea superior a 5.000 millones de euros y el volumen de negocios comunitario realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas sea superior a 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en un mismo Estado miembro.

En el Libro Verde de 1996, la Comisión proponía reducir estos umbrales del art. 1.2 para paliar el problema de las multinotificaciones⁹. Sin embargo, la solución por la que se optó fue la introducción del apartado tercero del art. 1, estableciéndose unos umbrales más reducidos para el supuesto de que las empresas afectadas estuvieran presentes con determinado volumen de negocio en, al menos, tres Estados miembros.

Así, el art. 1.3 establece que, aunque no se alcancen los umbrales del apartado 2, una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando: (i) el volumen de negocios a escala mundial realizado por el conjunto de

⁹ Existe multinotificación cuando una misma operación de concentración es notificada en varios Estados miembros.

las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros; (ii) el volumen de negocios a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros; (iii) el volumen de negocios supere los 100 millones en cada uno de al menos tres Estados miembros, e (iii) el volumen de negocios realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de al menos tres Estados miembros, salvo que (iv) cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

El art. 1.4 establece que la Comisión presentará al Consejo, antes del 1 de julio de 2009, un informe y propuestas sobre la aplicación de los umbrales previstos en los apartados 2 y 3 del art. 1.

Sólo el Consejo puede modificar estos umbrales y se exige para ello unanimidad. No obstante, hay que destacar el hecho de que, excepcionalmente, el nuevo Reglamento 139/2004 ya no exige la unanimidad prevista anteriormente para poder modificar los umbrales mencionados en el apartado 3, sino que se pueden revisar por mayoría cualificada, lo que otorga una mayor facilidad a las propuestas que en este sentido pueda realizar la Comisión.

B. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA COMISIÓN: SISTEMA DE REMISIONES Y POSIBILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE ADOPTAR MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE INTERESES LEGÍTIMOS

a) *Sistema de remisiones*

Como se ha mencionado anteriormente, el sistema de remisiones de la Comisión a los Estados miembros o viceversa constituye una de las excepciones a la competencia exclusiva que tiene la Comisión para analizar las operaciones de concentración que tengan dimensión comunitaria. Se fundamenta en una adecuada aplicación del principio de subsidiariedad, de tal forma que una concentración será analizada por la autoridad mejor posicionada para ello, con independencia de la dimensión, nacional o comunitaria, de una operación, y atendiendo a una serie de criterios que se analizan a continuación.

Por tanto, el sistema de reenvíos no es sino una materialización legal concreta de los principios de colaboración y cooperación leal entre la Comisión y los Estados miembros, mencionados anteriormente como principios fundamentales del sistema de distribución de competencias existente en materia de control de concentraciones.

Para la propia eficacia en el funcionamiento del sistema de reenvíos, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros

deberán decidir sobre la remisión del asunto dentro de plazos breves y claramente definidos, y evitando en la mayor medida posible las situaciones en las que una concentración sea objeto de una remisión tanto antes como después de su notificación¹⁰.

El sistema de reenvíos fue reforzado en el Reglamento 139/2004 y en el año 2005 se aprobó la Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones¹¹, en la que se establecen criterios generales orientativos con objeto de facilitar la práctica del sistema de remisiones.

El Reglamento 139/2004 distingue cuatro supuestos de remisión en función del momento en el que se solicita el reenvío y del sentido del mismo, que se pueden contemplar en el siguiente esquema:

| <i>Sistema de remisiones del Reglamento 139/20004</i> | <i>Remisión en prenotificación</i> | <i>Remisión en postnotificación</i> |
|---|------------------------------------|-------------------------------------|
| Remisión de la Comisión a los Estados miembros | art. 4.4 | art. 9 |
| Remisión de los Estados miembros a la Comisión | art. 4.5 | art. 22 |

i) Fundamento de los reenvíos

Los reenvíos de la Comisión a los Estados miembros (arts. 4.4 y 9) se basan en un criterio centrado en los efectos de la concentración sobre la competencia en el mercado de un Estado miembro, e implícitamente, en que dicha operación no tiene efectos significativos supranacionales.

En relación con los reenvíos de los Estados miembros a la Comisión (arts. 4.5 y 22), la remisión en fase de postnotificación se fundamenta en la afectación al comercio entre los Estados miembros y se exige que la concentración amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado o Estados miembros que presenta la solicitud.

Sin embargo, en relación con los reenvíos basados en el art. 4.5 (reenvíos de los Estados miembros a la Comisión en prenotificación), simplemente se exige que la operación de concentración sea susceptible de ser analizada en tres Estados miembros. Por tanto, la fundamentación de los mismos no es tanto la protección del comercio intracomunitario, como la reducción de los costes que causaría a las empresas tener que notificar en varios Estados miembros. Esto permite sustituir toda una serie de notificaciones realizadas en diferentes idiomas y atendiendo a diferentes legislaciones por una sola notificación sujeta únicamente al Derecho comunitario.

¹⁰ Ver Considerando 14 del Reglamento 139/2004.

¹¹ 2005/C56/02.

A su vez, el art. 4.5 puede permitir una mayor consistencia del sistema de control de concentraciones ayudando a evitar la existencia de resoluciones contrarias o incoherentes. Esta consistencia también se puede conseguir con una remisión realizada de acuerdo con el art. 22, cuando la misma se hace de forma conjunta por los Estados miembros en los que la concentración ha sido o va a ser notificada.

Una diferencia entre los reenvíos basados en el art. 4.5 y los basados en el art. 22 es que si el reenvío del art. 4.5 es aceptado, la operación de concentración pasa a tener dimensión comunitaria, y, por tanto, la Comisión puede examinar efectos de la operación en todos los Estados miembros.

Por el contrario, en los basados en el art. 22, incluso si son aceptados, la operación de concentración no tiene dimensión comunitaria, y la Comisión sólo puede analizar sus efectos en los Estados miembros que hayan solicitado el reenvío. No obstante, para paliar los posibles problemas, la Comisión tiene la posibilidad de instar el reenvío a un Estado miembro que todavía no se ha sumado si prevé posibles efectos negativos en dicho Estado¹².

Un elemento común en el sistema de reenvíos es que tanto la Comisión como los Estados miembros afectados por los reenvíos tienen capacidad de veto a la hora de decidir si un reenvío sale adelante o no. La única excepción es el reenvío del art. 4.5, que la Comisión está obligada a aceptar si todos los Estados miembros afectados dan su visto bueno.

Otro rasgo interesante del sistema de reenvíos es que en la mayoría de los casos (excepto en los reenvíos del art. 4.5) se exige que por lo menos la operación de concentración amenace con afectar a la competencia efectiva en el mercado relevante.

ii) Sujeto legitimado para solicitar el reenvío

En el caso de los reenvíos en prenotificación, los sujetos legitimados para solicitar los mismos son las empresas o personas obligadas a notificar la concentración. Se deja a la propia voluntad de las partes la opción de iniciar la aplicación de estos reenvíos, por lo que no supone ninguna injerencia en el tráfico mercantil y en la libre elección de las empresas.

En relación con los reenvíos en fase de postnotificación, no son las empresas las legitimadas para solicitarlos, sino las autoridades de competencia. Esta legitimación se fundamenta, como se ha mencionado, en el principio de subsidiariedad, y en ningún caso se puede mermar el principio de confianza legítima del ciudadano en la autoridad de competencia.

¹² Ver art. 22.5 del Reglamento 139/2004.

El Reglamento 4064/1989 regulaba en el art. 9.10 la posible revisión del artículo cuando se revisasen los umbrales del art. 1, mención que ya no aparece en el nuevo Reglamento 139/2004.

b) *Posibilidad de los Estados miembros de adoptar medidas para la protección de intereses legítimos*

Como se ha señalado anteriormente, los apartados 2 y 3 del art. 21 del Reglamento 139/2004 establecen, respectivamente, la competencia exclusiva de la Comisión para la adopción de las decisiones previstas en el Reglamento y la obligación de los Estados miembros de no aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.

No obstante, el apartado 4 del art. 21 establece que los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el Reglamento 139/2004 que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones de Derecho comunitario.

Se consideran intereses legítimos la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.

Cualquier otro interés público deberá ser comunicado por el Estado miembro que lo alegue a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de la compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas mencionadas anteriormente. La Comisión notificará su decisión al Estado miembro en el plazo de veinticinco días laborables a partir de dicha comunicación.

Por tanto, si el Estado miembro alega la existencia de seguridad pública, pluralidad de los medios de comunicación o normas prudenciales, el control de esa medida de intervención por parte del Estado se realizará, en su caso, *ex post* por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE— (previa fase administrativa, en su caso, ante la Comisión, propia del recurso de incumplimiento). Por el contrario, si se alega cualquier otro interés legítimo, la Comisión podrá realizar un control *ex ante* de tal medida.

Si el Estado no comunica los intereses a la Comisión, ésta puede solicitar información al Estado y adoptar la Decisión correspondiente incluso aunque el estado no responda¹³. Si el Estado no cumpliera esta Decisión, la Comisión podría abrir un procedimiento de infracción por incumplimiento del art. 21.4 del Reglamento 139/2004, sin perjuicio de la apertu-

¹³ Ver Sentencia del TJCE de 22 de junio de 2004, asunto C-42/01, República Portuguesa contra Comisión.

ra, en su caso, de otro procedimiento de infracción por vulneración de los arts. 56 y 43 del TCE, relativos a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.

A modo de ejemplo, cabe señalar que recientemente la Comisión ha abierto contra Polonia un procedimiento de infracción del art. 21 del Reglamento 139/2004 por intentar impedir la concentración Unicredito/HVB a través una cláusula de no competencia que impedía a Unicredito, entre otras cuestiones, la adquisición del control de bancos activos en Polonia durante un período de diez años¹⁴.

3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DETECTADOS

A. APLICACIÓN DEL ART. 1

a) *Criterios de cálculo del volumen de negocios*

Como ya se ha indicado anteriormente, una de las fortalezas del sistema de umbrales basados en la cifra de negocios para determinar la dimensión comunitaria de una operación de concentración es que es un sistema *a priori* objetivo.

Por una parte, conviene destacar que en el control de concentraciones se ha descartado en todo momento una alternativa lógica como hubiese podido ser utilizar la regla de «afectación al comercio intracomunitario», en la línea con lo dispuesto en los arts. 81 y 82 del TCE. Al evitar recurrir a este concepto jurídico indeterminado, se afianza la seguridad jurídica, especialmente importante en los procedimientos acelerados de control de concentraciones, y se evitan los posibles debates entre la autoridad comunitaria y las autoridades nacionales a la hora de delimitar la competencia entre una u otra autoridad.

Por otra, al no utilizar como umbrales las cuotas de mercado, se pueden eludir ciertos problemas que pudieran surgir de la necesidad de cerrar la definición de mercado, tanto a nivel de producto como a nivel geográfico, para determinar si una operación de concentración cae o no bajo el ámbito de competencia de las autoridades comunitarias.

No obstante, conviene tener presente que el concepto de volumen de negocios puede resultar menos objetivo de lo que parece, y su utilización no ha evitado la aparición de conflictos¹⁵.

¹⁴ Información extraída de la web de la Comisión-Competencia-Notas de prensa (8 de marzo de 2006).

¹⁵ Ver Sentencias TPI en asuntos 2/93, de 19 de mayo de 1994, y 3/93, de 24 de marzo de 1994. Ver también Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2005 en caso M.3986, Gas Natural/Endesa, en la que se declara que la operación de concentración Gas Natural/Endesa no tiene dimensión comunitaria y que fue recurrida por Endesa ante el TPI (caso 417/05).

En primer lugar, está el problema mismo de definir qué se entiende por volumen de negocios. Para ello el art. 5 del Reglamento establece que éste incluye «*los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas durante el último ejercicio correspondientes a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios*».

Esta definición coincide de forma casi exacta con el concepto de «importe neto de la cifra de negocios», concepto contable que tiene su origen en la legislación comunitaria y que en España se recoge en el art. 191 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de noviembre¹⁶. La normativa española, en aplicación de las Directivas comunitarias en materia de sociedades, obliga a casi todas las empresas a calcular esta cifra a la hora de presentar sus cuentas anuales de pérdidas y ganancias. Esto facilita mucho la tarea de las autoridades de competencia, dado que sus cálculos parten de una cifra contable auditada, lo que minimiza los riesgos de manipulación.

No obstante, existen ciertos sectores económicos en los que los métodos tradicionales de cálculo de la cifra de negocios no sirven y deben ser sustituidos por otros. Éstos son primordialmente el sector financiero y el sector de seguros. Por ello, el Reglamento 139/2004, en línea con lo establecido por la normativa contable específica de estos sectores, prevé en el art. 5.3 metodologías específicas para el cálculo del volumen de negocios cuando se ven afectadas entidades financieras o compañías de seguros. De todas maneras, esto no suele crear especiales dificultades a las autoridades de competencia, dado que en estos casos las cuentas auditadas siguen siendo una referencia adecuada.

Resulta también complejo determinar la cifra de negocios cuando en la operación de concentración se ven afectados grupos de empresas. El principal problema deriva de que, en muchos de estos casos, las cifras consolidadas de las cuentas auditadas no coinciden con las que se deben tener en cuenta a la hora de determinar el volumen de negocios desde el punto de vista del control de concentraciones.

En este sentido conviene señalar que contablemente se opta, en determinadas ocasiones, por métodos distintos a la integración global, que es el que se suele utilizar a la hora de calcular el volumen de negocios en materia de control de concentraciones. Esto obliga a modificar las cifras de las cuentas anuales consolidadas cuando sólo se ha computado en la cifra de negocios del grupo una parte de las ventas de la empresa contro-

¹⁶ Este artículo establece que: «*El importe de la cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas, así como el impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios*».

lada (si se ha utilizado el sistema de integración proporcional) o no se ha computado ninguna de las ventas (si se ha utilizado el método de puesta en equivalencia¹⁷ o no se ha consolidado la empresa controlada).

Estos casos pueden agravarse en los supuestos de control conjunto, dado que, en primer lugar, se debe verificar si existe el mismo, algo que no siempre es sencillo. Posteriormente, se deben eliminar las transacciones intragrupo, y, por último, es necesario consolidar sólo la parte de los ingresos proporcional al número de empresas que controlan conjuntamente, independientemente de cuáles sean las participaciones en el capital social.

También puede ser problemático asignar geográficamente o por activos (en los casos en los que se transmiten activos) el volumen de negocios, sobre todo porque no siempre se recoge una segmentación geográfica o por ramas de negocio en las cuentas auditadas. En el caso de la segmentación geográfica, el Reglamento 139/2004 utiliza como criterio de asignación el lugar donde se encuentra el cliente que adquiere el bien o al que se le presta el servicio.

Otra fuente de debates, que en principio ya ha sido clarificada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI)¹⁸, se da con las operaciones de concentración en las que en el instrumento de adquisición se establece que una parte de lo adquirido se va a liquidar o se va a vender a un tercero. En estos casos, la jurisprudencia del TPI ha establecido que dichos activos a liquidar o a vender no se tienen en cuenta a la hora de calcular el volumen de negocios, aunque formalmente se adquieran con la operación de concentración.

Otra cuestión a tener cuenta en este ámbito¹⁹ es el hecho de que las empresas afectadas por la operación pueden disponer de varios juegos de cuentas, auditados o no, elaborados conforme a reglas contables diferentes y/o con períodos de referencia distintos.

Estas situaciones se suelen producir en operaciones de concentración que tienen lugar a principios de año, cuando la empresa dispone de las cuentas del año anterior, pero éstas todavía no han sido auditadas, por lo que las últimas cuentas auditadas se refieren a dos años antes. También puede suceder que una empresa que cotiza en varias Bolsas de diferentes países se vea obligada a presentar distintos juegos de cuentas elaborados con metodologías diferentes, a fin de ajustarse a lo establecido por la normativa reguladora de cada Bolsa. Adicionalmente, y de manera excepcional, esto también puede suceder en el año transitorio²⁰ de paso de la meto-

¹⁷ En este sistema únicamente se consolidan los beneficios de la empresa controlada, mientras que los ingresos y gastos de la misma no se tienen en cuenta.

¹⁸ Ver Sentencias TPI en asuntos 2/93, de 19 de mayo de 1994, y 3/93, de 24 de marzo de 1994.

¹⁹ Puesto en evidencia de manera significativa en la operación de concentración Gas Natural/Endesa.

²⁰ El Reglamento (CE) núm. 707/2004 de la Comisión, de 6 de abril de 2004, aprobó la NIIF-1,

dología recogida en el Plan General Contable a la metodología recogida en las nuevas Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) para elaborar las cuentas auditadas.

En estos casos, la práctica de las autoridades comunitarias y nacionales de competencia es, por regla general, utilizar como referencia las últimas cuentas anuales auditadas elaboradas conforme a la normativa contable vigente en dicho ejercicio²¹. Sólo por motivos excepcionales se utiliza como referencia cuentas no auditadas.

Todo lo anterior pone en evidencia que el sistema de volumen de negocios es menos sencillo de lo que parece a primera vista. No obstante, en la mayoría de los casos las anteriores cuestiones planteadas no alteran la dimensión comunitaria o no comunitaria de la operación de concentración.

Pero en los casos en los que el volumen de negocios esté cercano al límite, el análisis en profundidad de las cifras para ajustarlas a lo que establece la normativa comunitaria puede resultar no sólo necesario, sino también complejo.

Por otra parte, la Comisión ha insistido periódicamente en la necesidad de revisar los umbrales a fin de rebajarlos. Su principal argumento es que, como consecuencia del desarrollo efectivo del mercado único, las fronteras entre los Estados miembros dejan de tener tanta trascendencia para las empresas, y ya no es necesario que las partes de una operación de concentración tengan cifras de negocios muy elevadas para que ésta pueda tener efectos en varios Estados miembros. Esto podría dar lugar a la aparición de más casos de multinotificación, con los efectos que eso pudiera tener para el sistema.

Los Estados miembros han sido conscientes de estas cuestiones, y a ello respondió la creación del art. 1.3 y las previsiones del art. 1.4 en el Reglamento de Control de Concentraciones.

No obstante, también conviene tener en cuenta que el tiempo juega a favor de las competencias de la Comisión, dado que, como consecuencia del crecimiento nominal de las economías, el peso económico de una operación de concentración con un volumen de negocios global de 5.000 millones de euros era mucho mayor en 1989 que hoy en día.

Por norma general, la cifra de negocios de la empresa media suele crecer al mismo ritmo que el PIB nominal de la economía. Una parte de este incremento se debe a la inflación y otra parte se debe a la creación de nuevos productos, ampliación de los mercados existentes, etc. Si tenemos

que regula dicho período transitorio. En la misma se establece que el año transitorio es el año anterior al año en el que se utilizan por primera vez las NIIF para elaborar las cuentas anuales auditadas. Para el año transitorio, la empresa tiene la obligación de presentar unas cuentas NIIF simplificadas, para que sirvan a efectos comparativos.

²¹ Ver punto 26 de la Comunicación volumen de negocios.

en cuenta que en la Unión Europea el crecimiento medio del PIB nominal ha sido de 4,25 por 100²² en los últimos diez años, esto implica que el volumen de negocios de la empresa media ha crecido más de un 50 por 100 desde 1995. Como consecuencia de esto, operaciones de concentración que en 1995 no serían de dimensión comunitaria²³, hoy sí podrían serlo, aunque su peso económico relativo no se hubiese alterado²⁴.

Adicionalmente, conviene tener en cuenta que las operaciones de concentración pueden producirse frecuentemente en los sectores económicos más dinámicos, en los que las tasas de crecimiento de los volúmenes de negocio son superiores a las del PIB nominal.

Todo esto implica que, progresivamente, el número de operaciones de concentración de dimensión comunitaria va a ir creciendo. Por ello, sería conveniente dar estabilidad a los umbrales vigentes de distribución de competencias, a pesar de sus debilidades, dado que es casi imposible determinar objetivamente cuáles son los umbrales ideales, y, además, éstos cambian con el tiempo.

b) *Autoridad competente para decidir sobre la dimensión de una concentración*

El Reglamento 139/2004 regula los umbrales que determinan la dimensión comunitaria de una concentración y otorga a la Comisión la competencia exclusiva para su aplicación.

Sin embargo, si la operación se notificase directamente por las empresas en un Estado miembro, parece que lo más lógico sería que la propia autoridad de ese Estado miembro se pronunciase sobre su competencia declarando la dimensión nacional o comunitaria de la concentración. Si decidiese que es de dimensión nacional, no se generaría ningún problema y la autoridad nacional seguiría analizando el caso. Por el contrario, si considerase que la concentración tiene dimensión comunitaria, debería inhibir su competencia, dando por finalizado el procedimiento de control de concentraciones en el caso concreto y comunicando esta circunstancia no sólo a las partes, sino también a la Comisión Europea, de acuerdo con el principio de coordinación.

La Comisión, en paralelo, siempre tendría la posibilidad de abrir un procedimiento de análisis de la dimensión comunitaria de la misma operación de concentración que esté conociendo un Estado miembro, en virtud del art. 21.2 del Reglamento 139/2004, que da a la Comisión la

²² Media UE-25 calculada a partir de datos Eurostat.

²³ Por ejemplo, por tener en 1995 un volumen de negocios mundial conjunto de sólo 4.000 millones de euros.

²⁴ En este caso, el volumen de negocios mundial conjunto en 2005 habría crecido un 50 por 100 en euros corrientes, hasta alcanzar los 6.000 millones de euros.

competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en dicho Reglamento.

La decisión de la Comisión es vinculante para los Estados miembros, e incluso no es necesario que exista una resolución formal para que el resultado de dicho análisis tenga efectos frente a los Estados miembros. De hecho, el TPI²⁵ estableció que basta con una declaración pública de un portavoz de la Comisión declarando que una operación de concentración no tiene dimensión comunitaria para que dicha declaración tenga efectos frente a los Estados miembros.

Por tanto, cuando existan dudas sobre la dimensión de una operación por parte de la persona obligada a notificar, lo más recomendable sería acudir a los contactos informales con la Comisión y con los Estados miembros implicados, a fin de que se posicionen antes del inicio formal de cualquier procedimiento.

Finalmente, debe destacarse que las similitudes jurídico-técnicas entre el sistema de control de concentraciones comunitario y los nacionales son muy elevadas, y la creciente colaboración entre una y otras autoridades hacen que los resultados de uno u otro análisis sean fundamentalmente los mismos. Adicionalmente, conviene recordar que el sistema de control de concentraciones está sometido a un estricto control jurisdiccional, que verifica que el mismo no se convierta en un obstáculo injustificado a la libertad de empresa y a la libre circulación de capitales.

c) *Aplicación de la regla de los dos tercios*

Las cifras de negocio previstas como umbrales comunitarios de notificación son una solución de compromiso entre la Comisión y los Estados miembros. Su magnitud es lo suficientemente elevada como para asegurar que casi todos los casos competencia de la Comisión tienen efectivamente un alcance comunitario. Asimismo, se introdujo la regla de los dos tercios, que permite excluir la dimensión comunitaria de una operación de concentración cuando todas las empresas parte de la misma obtengan una parte significativa de su volumen de negocios comunitario en un mismo Estado miembro.

La justificación principal de esta regla es que en estos casos, los efectos de la operación son eminentemente nacionales, a pesar del elevado volumen de negocios de las partes, por lo que las autoridades nacionales se encuentran mejor posicionadas para estudiar la operación de concentración.

Aunque este argumento es válido, también es evidente que dicha regla refleja la resistencia de los Estados miembros a ceder más compe-

²⁵ Ver Sentencia TPI de 24 de marzo de 1994, Asunto 3/93, Air France vs. Comisión.

tencias a la Comisión, sobre todo si tenemos en cuenta que el control de las concentraciones entre empresas es uno de los pocos ámbitos donde ésta tiene capacidad para actuar de manera independiente de dichos Estados miembros.

Adicionalmente, es necesario resaltar que la regla de los dos tercios es una regla destinada eminentemente a proteger las competencias de los Estados miembros más grandes (Alemania, Francia, Reino Unido, Italia, España y ahora también Polonia), dado que sólo en éstos los mercados nacionales suelen tener una dimensión suficiente como para que se dé la posibilidad de que en una operación de concentración en la que se superan los umbrales volúmenes de negocios del art. 1.2 o 1.3 de Reglamento 139/2004, todas las partes de dicha operación obtengan más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en un mismo Estado miembro.

En relación con la regla de los dos tercios, debe hacerse referencia al caso Gas Natural/Endesa, que ha dado pie a un debate sobre la conveniencia esta regla.

Este caso fue notificado por Gas Natural al Servicio de Defensa de la Competencia el 12 de septiembre de 2005 porque, aunque se superaban los umbrales del art. 1.2 del Reglamento 139/2004, tanto Gas Natural como Endesa habían obtenido más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario de 2004 en España. Endesa presentó una serie de escritos ante la Comisión para tratar de justificar que, como consecuencia de la aplicación del art. 5 del Reglamento 139/2004, se debían introducir determinados ajustes en el volumen de ventas recogido en sus cuentas anuales auditadas, que hacían que su volumen de ventas en España no alcanzase los dos tercios del comunitario.

La Comisión estuvo estudiando las alegaciones de Endesa durante casi dos meses, hasta que el 15 de noviembre de 2005 decidió que la mayoría de los ajustes propuestos por la misma no eran procedentes, y que, por tanto, la operación no tenía dimensión comunitaria.

Finalmente, en relación con la regla de los dos tercios, la Comisión ha anunciado la realización de un estudio para una posible modificación de la misma.

En su caso, la hipotética reforma de unos umbrales que se basan en un reciente consenso de los Estados miembros debería abordarse con las debidas cautelas y siempre a través del procedimiento legalmente establecido.

En relación con los casos habidos en España, la aplicación de la regla de los dos tercios es, en general, reducida²⁶, y, además, la progresiva consolidación del mercado único puede conllevar que el número de casos en los que se aplique se reduzca con los años.

²⁶ Ver cuadro 1 del Anexo.

B. APLICACIÓN DEL SISTEMA DE REMISIONES

La reforma llevada a cabo en el sistema de reenvíos por el Reglamento 139/2004 se centró en los siguientes puntos:

- Mejora de los criterios sustantivos de los arts. 9 y 22.
- Establecimiento de los reenvíos en fase de prenotificación a solicitud de las personas o empresas obligadas a notificar.
- La concesión a la Comisión de un derecho de iniciativa para instar remisiones en ambos sentidos.

Estas reformas supusieron una racionalización del sistema de reenvíos, y tenían como objetivo reforzar los principios de subsidiariedad, ventanilla única y seguridad jurídica. Además, se vieron reforzadas con la creación de la Red Europea de Autoridades de Competencia, que institucionaliza los mecanismos de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión, y con la publicación de la Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones, que incrementa la transparencia al clarificar los criterios que van a guiar el sistema de reenvíos.

Sin embargo, los Estados miembros tienen un derecho de veto discrecional en todos los reenvíos, también permanece cierto margen de discrecionalidad a la hora de aplicar este sistema por parte de la Comisión, y persiste la posibilidad de que se den reenvíos parciales (en concreto en aplicación de los arts. 4.4, 9 y 22) en detrimento de la ventanilla única y de la seguridad jurídica de las partes de una operación de concentración.

No obstante, la introducción de los reenvíos en prenotificación ha supuesto una innovación fundamental, dado que ha incrementado la seguridad jurídica de las partes de una operación de concentración, facilita ahorros de costes adicionales y evita los retrasos que suponen las remisiones posteriores a la notificación.

En general, se debe hacer una valoración positiva del funcionamiento del sistema de reenvíos desde la entrada en vigor del nuevo Reglamento 139/2004 y, en concreto, de los reenvíos en fase de prenotificación de los Estados miembros a la Comisión.

Un análisis de los datos recogidos en el cuadro 2 del Anexo a este artículo lleva a concluir la gran importancia numérica de los reenvíos del art. 4.5. Ello es lógico si se tiene en cuenta que el fundamento de este tipo de reenvíos se encuentra en la reducción de costes para aquellas empresas que tienen que notificar una misma concentración en un mínimo de tres Estados miembros. Son las propias empresas las que han asumido y llevado a la práctica lo positivo de estos reenvíos. Además, debe destacarse que, desde la aplicación práctica de ese sistema de reenvíos a la Comisión en prenotificación, sólo ha habido dos vetos que se presentaron en el 2004. También ese mismo año hubo un caso que no se

remitió a la Comisión porque tras el análisis correspondiente se llegó a la conclusión de que no era notificable en un mínimo de tres Estados miembros.

En relación con los reenvíos del art. 4.4 del Reglamento 139/2004, de la Comisión a los Estados miembros, éstos también han sido solicitados por las empresas desde la entrada en vigor del Reglamento comunitario, pero su número ha sido más reducido²⁷.

Por otra parte, la consecuencia lógica del desarrollo de este tipo de reenvíos ha sido la reducción del número de solicitudes de reenvíos posteriores a la notificación, especialmente de los realizados en virtud del art. 9 del Reglamento 139/2004²⁸.

En relación con los reenvíos basados en el art. 22 del Reglamento 139/2004, conviene tener presente que pueden dar lugar a situaciones paradójicas. En estos reenvíos, para que un Estado miembro pueda tomar la iniciativa de solicitar el reenvío a la Comisión de una operación de concentración concreta es necesario que dicho Estado miembro sea competente para estudiar dicha operación²⁹. Sin embargo, para que un Estado miembro se sume a dicho reenvío no se exige expresamente que la operación sea notificable en dicho Estado miembro³⁰.

Esta circunstancia puede dar lugar a la paradoja de que las partes de una operación de concentración se enfrenten, como consecuencia del reenvío, al examen de los efectos de la operación en un determinado Estado miembro, examen que no podría haber sido realizado sin la apertura del procedimiento de reenvío.

Esto es especialmente atractivo para aquellos países con sistemas de notificación obligatoria basados exclusivamente en volúmenes de negocios, dado que les podría permitir controlar indirectamente, a través de la Comisión, operaciones potencialmente conflictivas que escaparían a su control por el reducido volumen de negocios de las partes.

Por último, conviene tener en cuenta que el art. 6 del Reglamento 139/2004 prevé la realización de un informe sobre la aplicación de las remisiones previas a la notificación antes del 1 de julio de 2009. Por tanto, será en este momento cuando realmente pueda hacerse un análisis más global sobre el funcionamiento de estos reenvíos.

²⁷ Ver cuadro 3 del Anexo.

²⁸ Ver cuadros 4 y 5 del Anexo.

²⁹ Ver art. 22.1 del Reglamento 139/2004.

³⁰ Ver art. 22.2 del Reglamento 139/2004.

C. APLICACIÓN DEL ART. 21.4 DEL REGLAMENTO 139/2004

En el marco de la aplicación práctica de este precepto cabe traer a colación lo previsto en la Sentencia del TJCE de 22 de junio de 2004³¹. En este caso, la República Portuguesa alegó que, a falta de comunicación de los intereses legítimos distintos de los previstos expresamente en ese precepto por el Estado miembro correspondiente, la Comisión no podría adoptar una decisión sobre la compatibilidad de dichos intereses con el Derecho comunitario.

Por el contrario, el TJCE consideró que para que sea eficaz el control de esos intereses públicos distintos es necesario reconocer a la Comisión la facultad de adoptar una decisión sobre la compatibilidad de tales intereses con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, con independencia de que los citados intereses le hayan sido comunicados o no. La Comisión siempre tiene la posibilidad de pedir información al Estado miembro de que se trate y si, pese a dicha solicitud, éste no proporciona la información requerida, la Comisión puede adoptar una decisión basándose en los elementos de que dispone.

Otro ejemplo es el caso BSCH/Champalimaud³². Con fecha 3 de agosto de 1999, la Comisión autorizó esta concentración que tenía dimensión comunitaria³³. Sin embargo, el Gobierno portugués adoptó una decisión por la que vetaba la operación. Alguno de los motivos invocados por el Gobierno portugués³⁴ para vetar la concentración no estaban recogidos en el art. 21.3 del Reglamento 4064/1989³⁵ y no se había notificado a la Comisión la adopción de medidas para la protección de los mismos. Tras constatar lo anterior, la Comisión adoptó sendas decisiones por las que,

³¹ Sentencia en el Asunto C-42/01, República Portuguesa contra Comisión. Resuelve el recurso de anulación interpuesto por la República Portuguesa contra la Decisión C (2000) 3543 final PT, de 22 de noviembre de 2000, adoptada por la Comisión con arreglo al art. 21 del Reglamento 4064/1989.

La decisión recurrida se adoptó en el marco del caso comunitario M.2054, Secil/Holderbank/Cimpor. Este caso fue notificado a la Comisión con fecha 4 de julio de 2000. El 5 de julio de 2000 y el 11 de agosto de 2000, el ministro de Hacienda portugués desestimó una solicitud de autorización de esa concentración realizada de conformidad con el Decreto-ley núm. 390/93 y señaló que el Estado portugués no tenía la intención de renunciar a los derechos especiales de los que era titular como accionista de Cimpor y que se oponía a eliminar las limitaciones al ejercicio del derecho de voto previstas en los estatutos de Cimpor. El 22 de noviembre de 2000 la Comisión adoptó la Decisión C (2000) 3543, en la que señalaba que las autoridades portuguesas no le comunicaron interés público alguno que estimaran necesario proteger mediante las resoluciones de 5 de julio y 11 de agosto de 2000. Es de destacar el hecho de que la Decisión impugnada se adoptó en el marco del procedimiento por incumplimiento incoado por la Comisión contra Portugal, que concluyó con la Sentencia de 4 de junio de 2002 (Asunto C-367/98), en la que el TJCE señaló que Portugal vulneraba la libre circulación de capitales.

³² Caso comunitario M.1724, BSCH/Champalimaud.

³³ En ese momento era aplicable el antiguo Reglamento 4064/1989.

³⁴ Los motivos invocados por Portugal fueron: que la operación afectaba al interés nacional y a sectores estratégicos esenciales para la economía portuguesa.

³⁵ Reproducidos en el art. 21.4 del Reglamento 139/2004.

primero, suspendía y, finalmente, anulaba el veto portugués e iniciaba procedimientos de incumplimiento contra Portugal. Sin embargo, la actuación de la Comisión no consiguió evitar que el Gobierno portugués cumpliera en parte su objetivo, pues las partes firmaron un nuevo acuerdo distinto al inicial que sí contaba con el beneplácito de dicho Gobierno, tras cinco meses de luchas legales³⁶.

A la vista de los casos anteriores, debe señalarse que para la consecución de una eficaz aplicación de este art. 21.4 del Reglamento 139/2004, tanto la Comisión como los Estados miembros implicados deben respetar los principios de buena fe, de coordinación y colaboración. Los intereses legítimos deben valorarse de acuerdo con el Derecho comunitario y los criterios jurisprudenciales³⁷ desarrollados en la materia.

4. CONCLUSIÓN

Como ya se ha mencionado, el sistema dual de control de concentraciones se fundamenta en el principio de competencia exclusiva de la Comisión para la aplicación del Reglamento 139/2004, lo que supone su competencia exclusiva para analizar las operaciones de concentración definidas por el mismo como concentraciones de dimensión comunitaria.

El desarrollo y aplicación del sistema ha mostrado la existencia de una serie de fortalezas y debilidades que se han desarrollado a lo largo del presente artículo. Algunas de esas debilidades son un reflejo del propio debate competencial existente entre la Comisión y los Estados miembros.

Como principal conclusión de este artículo cabe señalar que cada institución debe confiar en la actuación responsable, adecuada y proporcionada de las demás autoridades dentro de los límites jurídicos y de los principios sobre los que se sustenta el sistema de distribución de competencias en materia de control de concentraciones con el objeto de que éste funcione de forma eficaz.

En este sentido, la Comisión está obligada a realizar sus funciones en el ámbito del art. 5 del TCE, es decir, debe actuar dentro de las competencias y objetivos establecidos en el Tratado, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. A su vez, los Estados miembros deben aplicar sus legislaciones nacionales en materia de control de concentraciones en aquellos casos que no sean competencia de la Comisión de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 139/2004.

³⁶ La Comisión decidió cerrar los dos procedimientos de infracción abiertos a Portugal en 1999. Portugal retiró esas medidas y su recurso ante el TPI contra la Comisión (información extraída de la web Comisión-Notas de prensa, 27 de marzo de 2000).

³⁷ Ver Sentencias del TJCE en los asuntos C-463/00, Comisión/España; C-367/98, Comisión/Portugal; C483/99, Comisión/Francia, y C-503/99, Comisión/Bélgica.

Todo ello debe estar sometido al control jurisdiccional de los Tribunales comunitarios y/o nacionales, que son los que, en última instancia, deben decidir sobre cada posible contencioso.

No obstante, dados los dilatados plazos que requiere hacer efectivo el control jurisdiccional de la actuación de las distintas autoridades, es importante asegurar un buen funcionamiento del sistema de distribución competencial en materia de control de concentraciones. Una hipotética actuación irresponsable por parte de las autoridades comunitarias o nacionales, vulneradora de los principios comunitarios, acabaría dañando a la necesaria confianza legítima del ciudadano en sus instituciones. En concreto, en este ámbito se dañaría la confianza de las empresas en un adecuado funcionamiento del sistema dual de control de concentraciones, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica del sistema.

Por todo ello, y a la vista del sistema de competencias exclusivas en materia de control de concentraciones, el éxito en el funcionamiento del mismo se basará en una adecuada aplicación del Reglamento 139/2004 y de sus normas de desarrollo, fundamentada en los principios de buena fe y colaboración entre las autoridades de competencia, de tal forma que todas las concentraciones sean examinadas finalmente por la autoridad mejor posicionada y con el mínimo coste posible para todas las partes afectadas. La eficacia y la eficiencia de este sistema deben estar en la base de un procedimiento cuyos interesados son las propias empresas.

En definitiva, la defensa de la competencia en el mercado en materia de control de concentraciones debe ir precedida de una adecuada distribución de la competencia entre autoridades nacionales y comunitarias fundamentada en una correcta aplicación del principio de subsidiariedad.

ANEXO

CUADRO 1

| Año | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | Total |
|---|------|------|------|------|------|-------|
| Número total de concentraciones notificadas al SDC | 76 | 100 | 79 | 94 | 115 | 464 |
| Número de notificaciones con regla dos tercios ⁽¹⁾ | 2 | 4 | 4 | 1 | 3 | 14 |

⁽¹⁾ Se computan el número de expedientes en los que, a pesar de cumplirse los umbrales de volumen de negocios previstos en los apartados *a)* y *b)* del art. 1.2 del Reglamento 139/2004, el análisis de la concentración es competencia del SDC y no de la Comisión Europea porque cada una de las empresas afectadas realizaba más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en un mismo EM.

Expedientes por años: 2001: N-142, N-181; 2002: N-221, N-229, N-245, N-271; 2003: N-03012, N-03049, N-03050, N-03072; 2004: N-04065; 2005: N-05082, N-05103, N-05104.

CUADRO 2

| <i>Año</i> | 2004 | 2005 |
|--|-------------------|------|
| Solicitud de remisión al art. 4.5 ⁽¹⁾ | 18 ⁽²⁾ | 28 |
| Concesión de remisión al art. 4.5 | 15 | 28 |

⁽¹⁾ El cómputo de las remisiones se hace teniendo en cuenta el año de solicitud de la remisión.

⁽²⁾ Se han computado en esta cifra los dos vetos habidos y el caso que no se remitió a la Comisión por no ser notificable en un mínimo de tres EEMM.

CUADRO 3

| <i>Año</i> | 2004 | 2005 |
|--|------|------|
| Solicitud de remisión al art. 4.4 ⁽¹⁾ | 2 | 14 |
| Concesión de remisión al art. 4.4 | 2 | 9 |

⁽¹⁾ El cómputo de las remisiones se hace teniendo en cuenta el año de solicitud de la remisión.

CUADRO 4

| <i>Año</i> | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | <i>Total</i> |
|--|------|------|------|------|------|--------------|
| Solicitud de remisión al art. 9 ⁽¹⁾ | 10 | 10 | 10 | 3 | 4 | 37 |
| Concesión de remisión al art. 9 | 7 | 13 | 9 | 3 | 4 | 36 |

⁽¹⁾ El cómputo de las remisiones se hace teniendo en cuenta el año de solicitud de la remisión.

CUADRO 5

| <i>Año</i> | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | <i>Total</i> |
|---|------|------|------|------|------|--------------|
| Solicitud de remisión al art. 22 ⁽¹⁾ | 0 | 2 | 1 | 0 | 4 | 7 |
| Concesión de remisión al art. 22 | 0 | 2 | 1 | 0 | 2 | 5 |

⁽¹⁾ El cómputo de las remisiones se hace teniendo en cuenta el año de solicitud de la remisión.

SECTOR POSTAL Y COMPETENCIA

Isabel LÓPEZ SANZ

Subdirección General sobre Conductas
Restrictivas de la Competencia
Dirección General de Defensa de la Competencia

Carmen VALVERDE MATEOS

Subdirección General de Concentraciones
Dirección General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Los servicios postales tienen una importancia radical en el desarrollo económico y el bienestar de la sociedad actual, jugando un papel importante en la cohesión de la UE. Dichos servicios han sido objeto de importantes cambios en los últimos años, tanto desde un punto de vista normativo como empresarial.

Históricamente, la prestación de los servicios postales se ha llevado a cabo de manera monopolística por un único operador público a nivel nacional en la mayor parte de los países de la UE. Será a partir de la Directiva comunitaria 97/67/CE¹, traspuesta a la normativa española por la Ley 24/1998², regulación básica y unitaria del sector postal en España, cuando se inicie un claro proceso de liberalización del sector, que será gradual y controlado mediante el establecimiento de un calendario que, en principio, será culminado en 2009. No obstante, en nuestro país ya se habían dado pasos liberalizadores desde la década de los sesenta, cuando se abrieron a la competencia los servicios postales de ámbito local.

¹ 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. Modificada por la Directiva 2002/39/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad.

² Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (*BOE* de 14 de julio de 1998), modificada por el Título II de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE* de 31 de diciembre de 2002).

Este proceso de liberalización presenta una serie de peculiaridades derivadas de las obligaciones de servicio público (servicio universal) que condicionan su desarrollo y determinan la reserva de determinados servicios postales y otra serie de prebendas en favor del operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, a fin de garantizarlo.

Junto a este proceso normativo, los avances tecnológicos que han tenido lugar en las últimas décadas del siglo xx han venido modificando el tipo de servicios requeridos por la sociedad, más orientada hacia las comunicaciones electrónicas (telefonía fija o móvil, fax o correo electrónico) que al correo físico, lo que ha condicionado el crecimiento del sector postal.

Adicionalmente, desde la década de los setenta, la demanda venía requiriendo servicios postales de mayor valor añadido en relación a menores plazos de entrega, mayor seguridad en las recogidas y la posibilidad de llevar a cabo el seguimiento del envío, servicios que empezaron a ser prestados por diferentes operadores privados, que hoy constituyen el segmento de la mensajería y paquetería.

Al mismo tiempo se ha producido una evolución en el mercado del transporte de mercancías en el que han ido desapareciendo los límites tradicionales de su actividad, de tal forma que las empresas aprovechan las sinergias que les proporcionan sus redes de transporte para ofertar servicios hasta entonces propios de la actividad postal o logística.

Todos estos procesos, junto a la internacionalización de la economía, han supuesto un replanteamiento de las estrategias seguidas por los diferentes operadores postales, situación que se ha visto favorecida por la progresiva introducción de la competencia en dicho sector a nivel europeo, que está abriendo a la competencia nuevas áreas de negocio tradicionalmente reservadas a los antiguos monopolios nacionales.

En este contexto hay que enmarcar la generalizada estrategia de globalización y de diversificación de la oferta de productos y servicios seguida por los principales operadores presentes en este sector, al objeto de consolidar su posición en el mercado y, en el caso de los antiguos monopolios nacionales, compensar la pérdida de su posición monopolística en los mercados postales tradicionales.

Para la consecución de dichos objetivos resulta esencial disponer de una estructura empresarial de un tamaño adecuado, que los operadores postales vienen consiguiendo a través de su propio crecimiento endógeno o, más frecuentemente, de forma exógena, por medio de la toma de control de empresas situadas en mercados conexos o por el establecimiento de acuerdos o alianzas comerciales.

Todo este proceso ha conducido a la diferenciación de dos grandes mercados dentro del que podríamos llamar el mercado postal global: el mercado postal tradicional y el mercado de la mensajería y paquetería.

El mercado postal tradicional sería el desarrollado en torno a los servicios postales tradicionalmente ofrecidos por los operadores monopolísticos, es decir, los de recogida, admisión, clasificación, tratamiento, curso, transporte, distribución y entrega de envíos postales. Por su parte, el mercado de la mensajería y paquetería comprendería aquellos servicios vinculados a una mayor urgencia y seguridad en la recogida, la distribución y la entrega de los envíos.

El mercado postal tradicional en España se caracteriza por la presencia de un operador preponderante, la Sociedad Anónima Estatal Correos y Telégrafos (Correos), que detentó una cuota de aproximadamente el 93 por 100 del mercado en 2003³ y que, como prestador del servicio postal universal en España, ofrece los servicios postales básicos en todo el territorio nacional. Junto a él nos encontramos una serie de operadores privados (150 aproximadamente), que conjuntamente detentaron el 7 por 100⁴ del mercado en 2003, y que no disponen de la misma capilaridad y la amplitud de servicios que Correos.

La estructura empresarial en el mercado de la mensajería y paquetería resulta mucho más equilibrada que la del mercado postal tradicional, al no existir un predominio claro de ningún operador, manteniendo los dos principales operadores cuotas de alrededor del 15 por 100⁵.

En este marco, han sido numerosos los expedientes tratados por el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) desde la publicación de la Ley 24/1998, tanto en relación al control de las operaciones de concentración como de las conductas restrictivas de la competencia.

La propia dinámica del sector postal determina que la mayor parte de los asuntos analizados por la Subdirección de Concentraciones del SDC tenga que ver con el mercado de la mensajería y paquetería, al que los principales operadores postales están ampliando sus actividades, siendo el mercado postal tradicional el que centra la atención de la Subdirección de Prácticas Restrictivas del SDC, al analizar las posibles conductas anticompetitivas de los antiguos operadores monopolistas en su adaptación al proceso de liberalización emprendido.

2. EXPEDIENTES DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

El SDC ha analizado en los últimos cuatro años varias operaciones de concentración de ámbito nacional en el sector de los servicios postales. Entre ellas destacan los expedientes núm. N-248, Correos/Chronoexpres; núm. N-262, Chronoexpres/Servipack; núm. N-03064 Investgi/Deutsche

³ Datos procedentes de *Memoria del Sector Postal Español 2003*, Ministerio de Fomento-Deloitte.

⁴ Ver nota 3.

⁵ Ver nota 3.

Post/Danzas; núm. N-04033, Geopost/Seur/Seur Madrid, y núm. N-04074, Deutsche Post/Antiguos Accionistas/Unipost⁶.

El primero de los expedientes mencionados (núm. N-248) supuso la toma de control exclusivo por Correos de Chronoexpres⁷, empresa de envíos urgentes que ya controlaba conjuntamente con el operador público francés La Poste desde 1999, momento en el que se produjo la entrada de Correos en el capital de dicha empresa mediante la adquisición del 50 por 100 de su capital social⁸. Anteriormente Chronoexpres era una filial al 100 por 100 de LA POSTE.

Esta operación fue notificada al SDC el 22 de mayo de 2002, siendo autorizada el 19 de julio de 2002, en atención al pequeño incremento de cuota resultante de la operación, al carácter competitivo que presentaba la estructura del mercado del transporte urgente de documentos y paquetes, en el que se encontraban presentes un gran número de operadores que disponían de capacidad suficiente para competir eficazmente en el mercado, y a la ausencia de barreras de entrada significativas.

La toma de control, primero de carácter conjunto y después exclusivo, de Chronoexpres por Correos supuso la entrada del operador postal público en el mercado español del transporte urgente, mercado tradicionalmente explotado por operadores privados. De esta forma seguía la senda iniciada por otros operadores públicos europeos como Deutsche Post, La Poste o TPG de adquirir o crear empresas de transporte urgente para, de esta forma, ampliar su oferta a nuevos productos y servicios, aprovechando las ventajas que sus redes de transporte y distribución les proporcionan para ofrecer ese tipo de servicios.

En el Acuerdo por el que Correos y La Poste pactaron el cambio de control de Chronoexpres y que dio lugar al expediente núm. 248, dichas entidades suscribieron adicionalmente una serie de acuerdos de cooperación en el ámbito de la paquetería urgente en España⁹. Dichos acuerdos, no considerados por el SDC como restricciones accesorias a la operación de las contempladas en el apartado 5 del art. 15 bis de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y, por tanto, no autorizadas con ella, suponían la integración de Chronoexpres en la red internacional de paquetería

⁶ Adicionalmente, el Servicio ha analizado la operación núm. N-05108, TNT/Trespertrans. Anteriormente, el Servicio había examinado la toma de control conjunto del grupo Guipuzcoana por parte de Deutsche Post (núm. N-006, Deutsche Post/Guipuzcoana), así como diversas operaciones de concentración empresarial sobre las que, o bien el Servicio había requerido información para determinar si superaban o no los umbrales de notificación previstos en el art. 14.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, o los interesados habían formulado consulta previa en virtud del art. 15.5 de la Ley 16/1989.

⁷ La operación se materializó mediante la adquisición por Correos de una participación adicional en el capital de Chronoexpres (74,23 por 100), que de hecho le proporcionaba el control exclusivo sobre dicha empresa. La Poste conservó el restante 25,77 por 100 del capital.

⁸ Asunto comunitario núm. IV/JV.18, Chronopost España, declarado compatible con el mercado común el 27 de abril de 1999.

⁹ Dichos acuerdos fueron suscritos en junio de 2001.

expres constituida por Geopost, *holding* de las filiales del sector de paquetería del grupo La Poste¹⁰. En este sentido, Chronoexpres se convertía en el operador exclusivo de las redes internacionales de Geopost en España.

Con esta integración a una red internacional de distribución, Correos seguía otra de las estrategias emprendidas por los principales operadores del sector (tanto públicos como privados) de establecer acuerdos comerciales de intercambio cruzado de paquetería a nivel internacional, al objeto de responder a las necesidades derivadas de la globalización de la economía¹¹.

De esta forma, los operadores postales se adaptan a las necesidades de unos clientes cada vez más globales, que demandan una oferta integral de productos y servicios postales en la más amplia cobertura geográfica posible.

Dicha estrategia permite reducir los costes de infraestructura de las empresas, que de esta forma obtienen importantes economías de escala y de red.

Tras la entrada en el mercado español del transporte urgente de la mano del operador público francés La Poste, Correos decidió potenciar su posición en el mismo mediante la adquisición de Corporación Integral de Transporte Servipack, S. A., importante operador del sector en ese momento controlado por las sociedades de inversión Vista Desarrollo, S. A., SCR y Royal Bank Investment Limited. Esta operación fue notificada al Servicio el 24 de junio de 2002, dando lugar al expediente núm. N-262, Chronoexpres/Servipack.

A lo largo de la tramitación del expediente en el SDC, Correos presentó un escrito en el que se comprometía a mantener una estricta separación contable entre las secciones correspondientes a los servicios postales reservados en exclusiva por la normativa aplicable, en particular, por la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, o futuras modificaciones de la misma, y el resto de sus actividades, al objeto de prevenir los subsidios intraempre-

¹⁰ La red internacional de servicios urgentes de Geopost estaba presente en los siguientes segmentos: a) transporte internacional urgente por vía aérea de documentos y paquetes, prestada a través de las distintas filiales de Chronopost presentes en varios países europeos, Canadá y Estados Unidos; b) transporte urgente de paquetería por carretera en Europa a través de la red de franquicias de DPD; y c) paquetería industrial combinando transporte terrestre y aéreo a través de TAT Express y su red de filiales y corresponsales presentes en toda Europa. Adicionalmente, el grupo La Poste tenía suscrito un acuerdo de colaboración internacional con la compañía estadounidense Federal Express, Inc. (Fedex), según el cual los clientes del grupo francés podían acceder a la red aérea de este operador, mientras que los clientes de Fedex se benefician de la estructura terrestre del grupo La Poste.

¹¹ Adicionalmente, en junio de 2002, Chronoexpres firmó un acuerdo de colaboración con Fedex según el cual la compañía española realizaría las actividades de recogida, transporte y entrega de paquetería y servicios relacionados de Fedex en la totalidad del territorio español y Andorra a partir del 13 de agosto de 2002 y durante un período de cinco años.

sa. Este aspecto resultaba trascendente en la valoración de la operación, dada las importantes distorsiones que para la competencia podría provocar las hipotéticas subvenciones cruzadas entre las actividades reservadas por Ley al operador Correos y aquéllas abiertas a la competencia¹².

El riesgo de subvenciones cruzadas en el sector postal es elevado dada la existencia de operadores que, como Correos, ofrecen simultáneamente servicios reservados y no reservados. Además, se trata de operadores en red, que ofrecen una amplia variedad de servicios tanto reservados como no reservados utilizando la misma estructura, lo que dificulta la asignación de costes a cada uno de los servicios individuales, aumentándose de esta forma el riesgo de dichas prácticas anticompetitivas.

En este sentido se había manifestado la Comisión en una Comunicación publicada en 1998 sobre la aplicación de las normas de competencia al sector postal (*DOCE*, C 39/2, de 6 de febrero de 1998), al indicar que subvencionar actividades abiertas a la competencia mediante la imputación de sus costes a actividades reservadas podía distorsionar la competencia con infracción del art. 82 del Tratado CE. Con el fin de limitar ese riesgo, la Directiva Postal 97/67/CE impuso a los proveedores del servicio universal una separación contable, como mínimo, para cada servicio correspondiente al sector reservado, por un lado, y para los servicios no reservados, por otro. Asimismo, la Directiva estableció que dichos operadores debían instaurar en un plazo razonable de tiempo sistemas de contabilidad de costes que pudieran ser verificados de forma independiente.

Estas obligaciones fueron incorporadas al ordenamiento jurídico español por la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, estableciéndose por Orden del Ministerio de Fomento FOM/2447/2004, de 12 de julio, sobre la contabilidad analítica y la separación de cuentas de los operadores postales, los términos el alcance y las condiciones en que debería llevarse a cabo la contabilidad analítica del operador al que se encomienda la prestación del servicio universal, así como la separación contable de los operadores que realicen actividades incluidas en dicho ámbito.

En el caso del compromiso presentado por Correos al SDC y con el fin de garantizar su cumplimiento, dicho operador se comprometió a presentar un plan detallado de cómo se concretaría la citada separación contable, así como determinada información periódica.

Considerando dicho compromiso y dada la estructura competitiva del mercado del transporte urgente, el SDC decidió el 25 de julio de 2002 autorizar la toma de control exclusivo de Servipack por Correos.

¹² Un compromiso similar había ofrecido Deutsche Post a la Comisión en el asunto núm. IV/M.1168, Deutsche Post/DHL, adelantándose a las obligaciones impuestas por la normativa comunitaria y nacional.

Con posterioridad a esta operación, el grupo La Poste decidió deshacerse de la participación accionarial minoritaria que aún conservaba en el capital social de Chronoexpres (25,77 por 100), vendiéndosela a Correos.

Deutsche Post también ha sido un actor importante en las operaciones recientemente analizadas por el Servicio en el sector postal, tanto de ámbito nacional como comunitario. En el ámbito nacional Deutsche Post se introdujo en el capital social del grupo Guipuzcoana en septiembre de 1999¹³, adquiriendo el control conjunto sobre dicho grupo junto con Investgi, S. L., entidad participada por los antiguos accionistas de Guipuzcoana.

El grupo Guipuzcoana era un importante operador español del sector de la paquetería, especializado en la paquetería empresarial puerta a puerta, a nivel nacional, que se había constituido como tal en 1970, tras un proceso de integración de varias compañías regionales de transporte bajo la enseña «*Transportes La Guipuzcoana*». En ese momento, el grupo contaba con aproximadamente 63 delegaciones (entre agencias propias y franquiciadas) y 15 pequeñas corresponsalías, repartidas a lo largo de España y Portugal.

Ésta era la primera adquisición directa que Deutsche Post realizaba en España, ya que hasta ese momento la presencia del grupo alemán en nuestro país era consecuencia de las operaciones realizadas a nivel internacional, por lo general analizadas por la Comisión Europea¹⁴.

En ese sentido, Deutsche Post se encontraba presente en diferentes mercados del sector postal español a través de las filiales locales de los grupos adquiridos a nivel internacional. Tal es el caso de la filial española de DHL (activa en el mercado de la paquetería empresarial); de Transerra, S. A.¹⁵, filial de la francesa Ducros (presente en el mercado de la paquetería industrial); de la filial española de Danzas (transporte de mercancías y logística), y de Nedlloyd España (logística).

A finales de 2003, en el contexto de la reorganización de la estructura del grupo en España y Portugal, Deutsche Post decidió integrar sus actividades de paquetería y transporte de mercancías en una nueva organización global (grupo DHL Iberia), que adicionalmente pasó a estar controlada conjuntamente por el grupo alemán e Investgi, sociedad que desde 1999 venía ejerciendo el control conjunto del grupo Guipuzcoana junto con Deutsche Post.

¹³ Dicha operación fue objeto de notificación al Servicio de Defensa de la Competencia el 8 de julio de 1999 (núm. N-006, Deutsche Post/Guipuzcoana), siendo autorizada el 9 de agosto de 1999.

¹⁴ Tal es el caso, entre otras, de la toma de control de Danzas (caso núm. IV/M.1410); DHL (casos núm. IV/M.1168 y IV/M.2908); ASG (caso núm. IV/M.1549); las actividades europeas de distribución, transporte y logística del grupo holandés Nedlloyd (caso núm. IV/M.1513); Securicor (casos núm. IV/M.1347 y IV/M.3155); Air Express International (caso núm. IV/M.1794), y EXEL (caso núm. IV/M.3971).

¹⁵ En 2000, Deutsche Post vendió Transerra al Grupo Logístico Santos, que a su vez la vendió a Sofrinsa en 2004.

Esta modificación de la estructura de control de las diferentes filiales de paquetería y transporte de carga del grupo Deutsche Post en España, especialmente de DHL International España, s. A., y Danzas, s. A., que previamente había segregado sus actividades de transporte marítimo y aéreo y de logística integral, fue notificada al Servicio de Defensa de la Competencia el 14 de noviembre de 2003 (núm. N-03064, Investgi/Deutsche Post/Danzas).

La operación, que no suponía una alteración sustancial de la estructura preexistente de los mercados españoles de mensajería y paquetería y transporte de carga, dado que la única actividad económica de Investgi estaba relacionada con su participación en Guipuzcoana, fue autorizada por el SDC el 16 de diciembre de 2003.

La situación derivada de esta operación no fue muy estable en el tiempo, ya que el 25 de agosto de 2004, Deutsche Post notificó a la Comisión Europea la adquisición del control exclusivo del grupo DHL Iberia, incluyendo Guipuzcoana¹⁶, operación que fue declarada compatible con el mercado común el 24 de septiembre de 2004.

Tras la recuperación del control exclusivo de sus actividades de paquetería y transporte de carga en España, Deutsche Post decidió dar el salto al mercado de los servicios postales tradicionales mediante la entrada en el capital social de Unipost, el más importante operador privado del sector postal en España y, por tanto, la principal alternativa al operador público Correos en el ámbito de los servicios postales no reservados o liberalizados.

La toma de control conjunto de Unipost por Deutsche Post y por parte de los antiguos accionistas de la entidad¹⁷ fue notificada al Servicio el 29 de septiembre de 2004 (núm. N-04074, Deutsche Post/Antiguos Accionistas/Unipost).

En realidad, Deutsche Post ya venía ofreciendo servicios de correo internacional en España a través principalmente de la sucursal local de su filial alemana Deutsche Post Global Mail, pero con esa operación se introdujo en el núcleo de los servicios postales básicos y complementarios recientemente liberalizados en España.

No en vano, Unipost¹⁸ centra su actividad en la recogida, transporte y distribución de envíos postales del área liberalizada, estando especializado en la prestación de servicios postales de correspondencia empresarial a nivel nacional, principalmente correo corporativo y *marketing* directo.

¹⁶ Caso comunitario IV/M.3552, Deutsche Post/Guipuzcoana.

¹⁷ Meypack, s. A., Alejandro Silva, las Familias Raventós y Clarasó, y los Hermanos Verdejo Martínez.

¹⁸ Unipost fue constituido en mayo de 2001 como acuerdo de red por veintitrés operadores postales independientes. A este proyecto inicial se fueron incorporando progresivamente nuevas empresas mediante la integración en la estructura del grupo o a través de la suscripción de acuerdos de franquicia.

Para ello, Unipost dispone de una red de distribución centrada en las grandes ciudades y que aproximadamente da cobertura al 40 por 100 de la población española, bien directamente, a través de oficinas propias o franquiciadas, o mediante una red de corresponsales locales con los que ha celebrado acuerdos operativos de carácter no exclusivo.

La operación no provocaba un solapamiento importante de actividades entre ambos operadores en España, ya que, aunque las actividades de ambos se centraban en el correo corporativo, Deutsche Post ofrecía servicios postales internacionales mientras que Unipost desarrollaba su actividad en el ámbito doméstico principalmente.

Al contrario, la operación resultaba procompetitiva dado el importante refuerzo estratégico que recibía Unipost al verse integrado en la red internacional de Deutsche Post, operador que dispone de una indudable fortaleza financiera y tecnológica, así como una amplia experiencia en la prestación de servicios postales tanto tradicionales como de mayor valor añadido (paquetería, logística, etc.), circunstancias éstas que podrían facilitar la consolidación de una alternativa real al operador público Correos, que, a pesar del proceso de liberalización iniciado, sigue contando con cuotas cercanas al 90 por 100 tanto en el mercado de correo global como en el corporativo.

La única cuestión que la operación planteaba al Servicio derivaba del carácter público de Deutsche Post, especialmente en relación al riesgo de existencia de subsidios cruzados entre sus distintas actividades (ámbito reservado y no reservado) que tuvieran como efecto falsear la competencia, especialmente en aquellos mercados en los que existe competencia con operadores privados.

En este sentido, resultaba evidente que Deutsche Post venía operando en España en diversos sectores (paquetería empresarial e industrial, logística, transporte mercancías) sin que se hubiera producido denuncia alguna en este sentido. Adicionalmente, la Orden FOM/2447/2004, de 12 de julio, sobre la contabilidad analítica y la separación de cuentas de los operadores postales, en consonancia con lo establecido en la Directiva 97/67/CE, establecía que cualquier operador que, además de realizar otras actividades, prestara servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal debería llevar unas cuentas separadas respecto a tales servicios, de conformidad con lo establecido en la citada Orden.

Ante estas circunstancias, el Servicio concluyó que no cabía prever que el carácter público de Deutsche Post pudiera provocar un deterioro de la competencia efectiva en los mercados analizados, decidiendo autorizar la operación el 3 de noviembre de 2004.

Este carácter de empresa pública se planteó también en el caso de la toma de control conjunto de Servicio e Información Urgente de Transporte, S. A. («Seur Madrid»), por parte del grupo francés La Poste y por los

franquiciados de la red Seur, a través de Seur, s. A. Este cambio en la estructura de control de Seur Madrid fue notificado al Servicio el 4 de mayo de 2004 (núm. N-04033, Geopost/Seur/Seur Madrid).

La operación incluía otros compromisos, como la entrada de La Poste en el capital social de Seur, s. A., franquiciador del sistema Seur y vehículo por el que los distintos franquiciados participan en dicha red, y en el de su filial Seur Internacional Express, s. A., responsable de las actividades internacionales de la red Seur.

Según la información aportada al expediente, la entrada de La Poste en Seur, s. A., era meramente estratégica al no conferirle la posibilidad de ejercer control ni exclusivo ni conjunto en dicha compañía, mientras que en el caso de Seur Internacional Express, s. A., previsiblemente le conferirá su control conjunto con Seur, s. A.

Con la operación se produjo la reentrada de La Poste en los mercados españoles de mensajería y paquetería y logística, que había abandonado tras la salida del capital social de Chronoexpres ya mencionado. No obstante, La Poste mantenía diversos acuerdos de colaboración internacional con otros operadores españoles, acuerdos que se referían fundamentalmente a intercambio cruzado de entregas postales internacionales con destino u origen en España.

Con la operación, la red Seur consolida su alianza con un grupo importante en el ámbito internacional, reforzando su posición de liderazgo en el mercado español de la mensajería y paquetería, y más concretamente en el de la paquetería empresarial. No obstante, dichos mercados se caracterizan por ser competitivos, con la presencia de gran número de operadores, algunos de ellos con cuotas muy próximas, que forman parte de redes internacionales y están presentes en todo el abanico de servicios del ámbito de la distribución de documentos y paquetes.

También en este caso se valoró el carácter de empresa pública de La Poste, lo que le otorga una serie de ventajas legales y económicas en atención a su actuación en los mercados relacionados con el servicio postal universal en Francia. No obstante, dado que dicho grupo llevaba contabilidades separadas para cada uno de los servicios postales reservados y no reservados, de acuerdo con el modelo de contabilidad analítica previsto en la Directiva 97/67/CE, no cabía esperar que la operación supusiera una amenaza para la competencia efectiva en los mercados españoles analizados. Por ello, el Servicio decidió autorizar la operación el 8 de junio de 2004.

El último movimiento de concentración acaecido en el sector postal español notificado al Servicio ha sido la toma de control exclusivo de Trespertrans, s. L., matriz del grupo Transcamer, por parte de TNT Worldwide (Spain), s. L., filial del grupo holandés TNT. Esta operación fue notificada al Servicio el 13 de diciembre de 2005 (núm. N-05108, TNT/Trespertrans), siendo autorizada el 12 de enero de 2006.

Con la operación se reforzaba la presencia del grupo TNT en el mercado español de la mensajería y paquetería, ampliando el ámbito de sus actividades mediante su entrada en el segmento de la paquetería industrial en el que no se encontraba presente con anterioridad. Adicionalmente, el grupo TNT venía ofreciendo en España servicios postales (principalmente servicios de correo internacional prestados a través de la empresa conjunta Spring) y de logística¹⁹.

3. EXPEDIENTES DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Dentro de los casos analizados por el SDC, unos han dado lugar a resoluciones sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) por infracciones en materia de defensa de la competencia, generalmente por abusos de posición de dominio; en otros las infracciones denunciadas no se han considerado acreditadas, y finalmente otro, el caso más reciente, ha concluido en un acuerdo de terminación convencional.

Dada la novedad de este último caso será el que se tratará en más detalle.

No obstante, y en primer lugar, se hará un breve recorrido por las resoluciones más destacadas del TDC en conductas restrictivas en el sector postal, ya que permiten hacerse una idea sobre qué prácticas han sido más frecuentes en este mercado recientemente liberalizado.

Fundamentalmente se trataron abusos de posición de dominio por parte de un operador principal, Correos, el cual tras la liberalización del sector disfruta de un área reservada y una serie de derechos exclusivos, a fin de cumplir con las obligaciones de prestación de un servicio universal, y mantiene una posición relevante en el mercado liberalizado.

En la Resolución del TDC 536/02, IFCC/Correos, International First Class Courier (IFCC) denunció a Correos por desarrollar una campaña en los medios de comunicación, dirigida a hoteles, establecimientos y servicios postales extranjeros colaboradores de IFCC, acusando de ilegales los servicios postales realizados por la denunciante, y por retener en su poder toda la correspondencia que, por error, los usuarios del servicio IFCC depositaban en la red postal pública. El SDC inicialmente archivó la denuncia. No obstante, el archivo fue recurrido ante el TDC y éste admitió el recurso remitiendo nuevamente el expediente al SDC para el esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, el SDC acreditó la existencia de un abuso de posición de dominio, por la retención de correspondencia y por prevalerse Correos de

¹⁹ El grupo TNT ha anunciado recientemente su intención de desprenderse de su división de logística a nivel mundial.

dicha posición para la realización de actos desleales, desproporcionados y exentos de necesidad objetiva, remitiendo al TDC su informe propuesta recomendando la sanción de Correos por las citadas prácticas restrictivas de la competencia.

El 7 de febrero de 2003, el TDC dictó la Resolución 536/02, IFCC/CORREOS, en la que declaró la comisión por parte de Correos de dos conductas abusivas de su posición de dominio prohibidas en el art. 6 de la LDC. Una de ellas consistente en haber retenido la correspondencia con el anagrama de IFCC, que los usuarios habían depositado por error en los buzones de Correos. Y la otra consistente en haber difundido públicamente textos parcialmente falsos y denigrantes del competidor IFCC. La sanción impuesta fue de 900.000 euros.

En la Resolución del TDC 542/02, Suresa/Correos, el expediente se inició con las denuncias de Suresa Cit y Mailhouse, ambos operadores postales, sobre las nuevas condiciones impuestas por Correos a las llamadas empresas consolidadoras, a partir de enero de 2000, para la obtención de las bonificaciones y los descuentos previstos en la Ley 24/1998²⁰, y que Correos recogía en el llamado Modelo de Empresa Consolidadora. Las nuevas condiciones establecían la exigencia, a la que se condicionaba la obtención de bonificaciones y/o descuentos, de que al menos el 10 por 100 de los envíos entregados por las consolidadoras para su tratamiento por Correos tuvieran un destino local. Lo cual suponía en la práctica que las empresas consolidadoras, a su vez operadores postales, debían ceder parte de su negocio, el correo local, a fin de obtener bonificación y/o descuentos de Correos en los envíos consolidados, que los citados operadores entregaban a Correos para su distribución.

El SDC, en la instrucción del expediente, pudo constatar que la citada exigencia era un abuso de posición de dominio que restringía la competencia en los mercados de servicios postales en el territorio nacional, con efectos discriminatorios y excluyentes sobre el resto de operadores postales. En consecuencia, el 12 de junio de 2002 remitió un Informe propuesta al TDC solicitando la sanción de Correos.

El 20 de junio de 2003, el TDC dictó la Resolución R 542/02, Suresa/Correos, en la que se declaró la comisión por parte de Correos de una conducta abusiva de su posición de dominio prohibida en el art. 6 de la LDC, consistente en la exigencia de la entrega como mínimo del 10 por 100 de envíos locales a las empresas que se acogían al Modelo de Empresas Consolidadoras, a fin de que pudieran acceder al los descuentos contemplados en la Ley Postal. La sanción impuesta fue de 5.400.109 euros.

La Resolución del TDC 568/03, Asempre/Correos, se refiere a la denuncia de la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipu-

²⁰ Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (BOE de 14 de julio de 1998).

lación de Correspondencia (Asempre) contra Correos por supuestas conductas prohibidas por la LDC, recogidas en las ofertas presentadas por Correos a entidades financieras para la prestación de servicios postales. El Servicio acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de un expediente sancionador por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en la LDC y en el art. 82 del TCE, consistentes en la contratación exclusiva y de forma subordinada de los servicios postales prestados a determinadas entidades financieras, y en la aplicación de precios predatorios apoyados en subvenciones cruzadas.

El Servicio consideró necesario dividir el expediente en dos, pues las dos conductas investigadas podían tratarse de forma totalmente separada, y a la fecha de la denuncia, Correos no tenía implantado de forma definitiva el sistema de contabilidad analítica, dado, entre otros, que aún no se había publicado la Orden Ministerial prevista en el art. 29 de la Ley 24/1998, y que fue finalmente publicada en el *BOE* el 23 de julio de 2004, como Orden FOM/2447/2004, de 12 de julio, sobre la contabilidad analítica y la separación de cuentas de los operadores postales. Así, el SDC separó los dos cargos en dos expedientes distintos, el expediente 2353/02, relativo a la contratación exclusiva y de forma subordinada de los servicios postales, y el expediente 2458/03, relativo a la aplicación de precios predatorios apoyados en subvenciones cruzadas, este último daría lugar al acuerdo de terminación convencional que se comentará más adelante.

En el caso del expediente 2353/02, el SDC remitió un informe propuesta al TDC considerando acreditada una infracción del art. 6 de la LDC y del art. 82 del TCE, por abuso de posición de dominio por parte de Correos, consistente en condicionar la obtención de descuentos a la contratación en exclusiva de los servicios postales ofrecidos por el dominante, en vincular la contratación conjunta de los servicios postales reservados y no reservados, y en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, por la falta de criterios objetivos en el establecimiento de las cuantías de los descuentos ofrecidos.

El 15 de septiembre de 2004, el TDC dictó la Resolución 568/03, Asempre/Correos, en la que declaró la comisión por parte de Correos de una conducta abusiva de su posición de dominio prohibida por el art. 6 de la LDC y el art. 82 del Tratado de las Comunidades Europeas. Manifestando que la conducta consistió en contratar con varios grandes clientes de servicios postales, mediante el otorgamiento de importantes descuentos, la exclusiva para la prestación conjunta de servicios postales, tanto en el área reservada legalmente a Correos, como en el área liberalizada, y todo ello desde una posición de dominio. La sanción impuesta fue de 15.000.000 euros.

La Resolución del TDC 584/04, Prensa/Correos, se centra en las denuncias formuladas respectivamente por la Asociación de Prensa Profesional (APP) y por la Central de Compras de Prensa, S. L. (CCP), ante el

Servicio contra Correos por prácticas abusivas y discriminatorias prohibidas por la LDC, ocurridas a raíz de la aplicación de las condiciones tarifarias de Correos, a partir del año 2002, para la prestación de servicios postales a publicaciones periódicas. Siendo la APP una asociación de editores de publicaciones periódicas y la CCP una central de compras, cuyos socios titulares del capital social son editores miembros de la APP.

El Servicio, tras recabar y analizar la información necesaria sobre los acuerdos de Correos con editores de prensa y publicaciones periódicas en el año 2002, consideró acreditada la existencia de descuentos basados en criterios no objetivos y discriminatorios, enviando el correspondiente informe-propuesta al TDC, proponiendo la sanción de las conductas acreditadas.

En su Resolución 584/04, el TDC declaró la comisión por parte de Correos de un abuso de posición de dominio prohibido por el art. 6 de la LDC, consistente en dar un trato discriminatorio a editores de prensa profesional, aplicándoles precios no equitativos en los servicios contratados en relación con los precios aplicados a otros editores como los miembros de la AEDE, todo ello en el mercado de la prestación de servicios postales a publicaciones periódicas en el que Correos tiene posición de dominio. La sanción impuesta fue de 900.000 euros.

El Acuerdo de Terminación Convencional 2458/03 es la decisión más reciente en materia de prácticas restrictivas de la competencia en el sector postal, data del 15 de septiembre de 2005 y se refiere a un acuerdo de terminación convencional, por lo que parece obligado extenderse en la descripción, tanto de la figura del acuerdo como del contenido del llevado a cabo en el mercado postal.

La figura de la terminación convencional, tal y como aparece en el art. 88 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, otorga, entre otros, a las Administraciones Públicas la posibilidad de celebrar acuerdos, con el alcance limitado por la disposición que lo regule, de finalización de los procedimientos administrativos, los cuales nunca deben ser contrarios al ordenamiento jurídico.

En materia de defensa de la competencia, el acuerdo de terminación convencional de una investigación se recoge explícitamente en el art. 36 bis de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). En su apartado 1.c) aparece la posibilidad de que el Servicio decida finalizar las actuaciones administrativas mediante un acuerdo, que siempre debe estar sometido a la condición de que nunca resulte contrario a lo dispuesto en la misma LDC. Se trata de un acuerdo entre el SDC y las partes en el expediente.

La Comisión Europea, en su procedimiento en materia de Defensa de la Competencia, recoge una figura similar al acuerdo de terminación convencional en el art. 9 del Reglamento 1/2003 llamado «Compromisos»,

según el cual la Comisión puede finalizar un expediente sancionador por la aceptación de una serie de compromisos presentados por la empresa objeto de investigación.

Hay que destacar que tanto el acuerdo de terminación convencional como los compromisos de la Comisión no declaran la existencia de una infracción, sino que manifiestan unos compromisos que conllevarán una mejora de la situación de la competencia en el mercado en el que se ponen en práctica.

Las dos grandes diferencias que se dan entre estas dos figuras con la misma finalidad son que en el caso nacional nunca se puede llevar a cabo un acuerdo de terminación convencional si ya se ha emitido un pliego de cargos, y en el comunitario, esto último no resulta impedimento. Por otro lado, en el caso nacional, son el director del Servicio y las partes en el expediente, denunciante-denunciado y otros interesados —si fuera el caso— los firmantes del acuerdo, y en el caso comunitario, es la Comisión la que acepta unos compromisos de la parte denunciada o que es objeto de investigación.

Continuando con el procedimiento nacional, y en cuanto a los contenidos del acuerdo, la LDC establece unos mínimos relativos a la identidad de las partes, el objeto de los compromisos y el alcance de los mismos. Indicando igualmente que el Servicio determinará quiénes son los interesados en el acuerdo a fin de oír a las partes en el curso del mismo.

La LDC también recoge la posibilidad de que el acuerdo de terminación convencional sea recurrido ante el TDC, pero siempre por terceros que acrediten un interés legítimo. Lo cual resulta lógico, pues las partes no van a recurrir un acuerdo que han firmado, pero sí podrán denunciar el incumplimiento del mismo.

El acuerdo de terminación convencional en el expediente 2458/03, como ya se ha comentado, es el primero y único acuerdo de terminación convencional en materia de defensa de la competencia alcanzado por el SDC y operadores postales hasta la fecha.

El citado acuerdo no supone un pronunciamiento sobre la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el sector postal. No obstante, su origen, en este caso, fue una denuncia.

El expediente inicial recogía la denuncia, ya comentada, contra Correos formulada por la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (Asempre) por una supuesta infracción de los arts. 1 y 6 de la LDC y del art. 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), por la supuesta celebración de contratos con grandes clientes en los que se contrataban de forma conjunta servicios postales prestados en competencia junto con servicios postales reservados por ley a Correos, y en los que se aplicaban grandes descuentos apoyados en una política de subvenciones cruzadas.

La parte relativa a la contratación conjunta de los servicios reservados y no reservados fue objeto de la Resolución del TDC 568/03, ya tratada. Y la parte de la denuncia relativa a la aplicación de posibles precios predatorios y subvenciones cruzadas fue la que dio lugar al procedimiento de terminación convencional en el expediente 2458/03.

El documento que recoge el acuerdo de terminación convencional consta de dos partes diferenciadas, el documento principal, con las firmas de las partes y que constituye el cuerpo del documento formal, y un documento técnico, llamado anexo, con todos los elementos técnicos del acuerdo.

El anexo desarrolla detalladamente los contenidos técnicos, que constituyen las claves del comportamiento de la empresa objeto de investigación, Correos en este caso, y que facilitarán las condiciones de competencia en el mercado. Los citados elementos técnicos se recogen en seis apartados: el objeto del acuerdo, definición de conceptos esenciales, compromisos, período transitorio, procedimiento de vigilancia y duración y revisión.

El objeto del acuerdo consistió, en este caso, en el establecimiento de las condiciones en las que se contrataría la prestación de los servicios postales por parte de Correos a los grandes clientes, de manera que se asegure que los precios de Correos, una vez aplicados los descuentos correspondientes, cubrirán siempre los costes reales de prestación del servicio, es decir, que nunca estarán por debajo de costes.

El apartado de conceptos esenciales recoge todas las definiciones de aquellos conceptos que son fundamentales para el establecimiento del acuerdo. La relevancia del contenido de este apartado es clave para la interpretación unívoca del acuerdo. Establece qué se entiende por cada uno de los trece conceptos, en cuyas definiciones se concreta el contenido y alcance de los mismos. Se trata de conceptos técnicos relativos fundamentalmente a costes de prestación de servicio. En concreto, se establece qué se entiende por: *contabilidad analítica o de costes, coste real de prestación, coste de prestación, coste unitario de prestación, costes variables, costes fijos, costes compartidos, unidades operativas, asignación de costes fijos compartidos*.

También se recogen las definiciones de otros conceptos, que no son tan técnicos, pero que resultan igualmente necesarios para la interpretación común y unívoca del acuerdo, entre ellos: *entidades, grandes clientes, precio predatorio y ahorro de costes*.

En el apartado de compromisos se recoge lo que podríamos llamar la «esencia» del acuerdo, es decir, los compromisos que cumplirá una de las partes, Correos, que, en este caso, constaron de dos elementos.

El primero de ellos, precios predatorios, en el que Correos se compromete a garantizar que los precios de sus servicios a los grandes clientes siempre cubrirán los costes de prestación.

Y el segundo, adaptación de contratos, que recoge el compromiso por parte de Correos de que, si fuera necesario, corregiría todos sus contratos con grandes clientes para asegurar que los precios finalmente aplicados siempre cubrirán los costes de prestación de los servicios.

Los últimos apartados del anexo recogen los elementos que hacen factible y comprobable la puesta en práctica de los compromisos.

También se establece un período transitorio que permita a Correos, si fuera necesario, adaptar su situación actual a los compromisos adquiridos.

El Servicio, por su parte, deberá someter a Correos a un procedimiento de vigilancia que garantizará el cumplimiento de los compromisos.

Finalmente se concreta cuál será la duración del acuerdo de terminación convencional, así como la posibilidad de revisión del mismo.

Todos estos citados elementos configuran un acuerdo de terminación convencional que no termina en el documento en sí, sino que constituye un punto de partida, pues la puesta en práctica del mismo debe dar lugar a una mejora en las condiciones de competencia en el mercado, en este caso en el mercado postal.

Una vez visto el contenido del acuerdo de terminación convencional en el expediente 2458/03 (a partir de ahora «el Acuerdo»), se podría ir ahora un poco más allá, haciendo una interpretación de cuáles podrían ser los efectos previsibles en las condiciones de competencia en el mercado postal de la ejecución de los contenidos que recoge el Acuerdo.

De cara a contemplar el alcance de los beneficios de los compromisos recogidos en el Acuerdo, conviene no sólo centrarse en cuál es la situación real del mercado español, sino tener en cuenta que nos encontramos en un proceso de liberalización a nivel comunitario.

A este respecto hay que comentar que los compromisos alcanzados en el Acuerdo se encuentran en la línea trazada por la Directiva comunitaria 97/67/CE²¹, modificada por la Directiva 2002/39/CE,²² 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.

En concreto, los compromisos de fijación de precios, siempre por encima de costes, y los descuentos, que respondan a un ahorro de costes y, por tanto, sean transparentes y no discriminatorios, constituyen uno de los fines buscados con el art. 12 de la Directiva 97/67/CE.

²¹ 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.

²² Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad.

De hecho, la Comisión, en su documento *Comisión Staff Working Paper* anexo al Informe sobre la aplicación de la Directiva postal²³, señaló como uno de los principales objetivos de la Directiva postal es que las tarifas especiales destinadas a clientes individuales se permitan, pero siempre conformes a idénticos principios. En particular, siempre deberán tener en cuenta los costes ahorrados y ser aplicadas de forma no discriminatoria²⁴.

El ya citado documento de trabajo de la Comisión también comenta la práctica habitual de los operadores de ofrecer grandes descuentos a los grandes clientes, añadiendo que la jurisprudencia de los últimos años en este sector muestra cómo la no supervisión de los descuentos podría dar lugar a problemas de discriminación y al establecimiento de barreras de entrada²⁵.

Visto lo cual, parecen obvios los beneficios de los compromisos que se refieren al establecimiento de precios, una vez aplicados los descuentos, siempre por encima de los costes de prestación, así como al establecimiento de que los ahorros en coste que generan los descuentos respondan a criterios objetivos.

Dichos compromisos resultan en la limitación de la creación de barreras de entrada a la competencia y dan una mayor transparencia de los precios aplicados, evitando la discriminación.

Por tanto, el Acuerdo tiene por objeto favorecer la competencia en el mercado postal español y en el mercado comunitario.

4. CONCLUSIÓN

La actividad de las autoridades de defensa de la competencia en el sector postal ha sido importante en los últimos años, tanto desde el punto de vista del control de concentraciones, a través del análisis de las principales operaciones de ámbito nacional y comunitario, como desde el control de las conductas restrictivas de la competencia, a través del análisis de las prácticas contrarias a la libre competencia detectadas.

No en vano, el sector postal se encuentra inmerso en un proceso de profundas transformaciones tanto desde un punto de vista normativo como empresarial, en un contexto de gradual liberalización.

En este ámbito se enmarca la generalizada estrategia de globalización y de diversificación de la oferta de productos y servicios seguida por los

²³ COM (2005) 102 final, de 23 de marzo de 2005, SEC (2005) 388.

²⁴ Ver Comisión, *Staff Working Paper*, apartado 3.5, «Tariff Principles (Specifics objectives set by the Directive)».

²⁵ Ver Comisión, *Staff Working Paper*, apartado 3.5, «Tariff Principles (Pricing flexibility, discounts, and cross-subsidies)».

principales operadores presentes en este sector, que se refleja en la ola de fusiones, adquisiciones y alianzas estratégicas que ha espoleado el mercado europeo en los últimos años, especialmente en relación con el mercado de los servicios urgentes, opción prioritariamente elegida por los operadores postales europeos para diversificar sus actividades y crear redes internacionales de distribución.

Por otro lado, el proceso de liberalización iniciado ha supuesto la entrada de los antiguos monopolios nacionales en nichos de mercado distintos a su ámbito tradicional y que se encuentran abiertos a la libre competencia, lo que supone un riesgo para la liberalización emprendida, en la medida en que dichos operadores intenten utilizar el poder derivado del monopolio para reforzar su posición en los mercados liberalizados.

En este sentido, el proceso de liberalización actualmente en desarrollo solamente tendrá éxito si junto al proceso normativo iniciado se garantiza el mantenimiento de unas condiciones de competencia suficientes para todos los operadores implicados, aspecto éste en el que las autoridades de defensa de la competencia vienen ejerciendo y ejercerán una intensa labor.

COMENTARIOS SOBRE EL LIBRO BLANCO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco MARCOS *

Director del Observatorio de Política de Competencia
Profesor del Área Jurídica, Instituto de Empresa

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de las propuestas con las que el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) ganó las elecciones generales de 2004 se encontraban varias destinadas a impulsar el funcionamiento competitivo de los mercados a través de varias reformas en el actual sistema de defensa de la competencia¹. Las reformas, recogidas en términos de principios en el programa del PSOE, eran más detalladas en un documento de trabajo de la Fundación Alternativas² y motivaron un estudio sobre el particular en el seno de la Dirección General de Política de la Competencia, que tiene como corolario el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, presentado el pasado 20 de enero (en adelante, Libro Blanco). El Libro Blanco constituye el punto de partida del proceso de reforma de la legislación española en materia de defensa de la competencia.

En última instancia, el sistema español de defensa de la competencia remonta sus orígenes a la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC), aunque fue muy reformado para modernizarlo y adaptarlo a las premisas y exigencias constitucionales por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

* francisco.marcos@ie.edu. El autor agradece la colaboración inestimable del profesor Juan SANTALÓ y de Albert SÁNCHEZ, en especial sus ideas y contribuciones en la redacción de los apartados 2.7 y 2.8.

¹ Partido Socialista Obrero Español, *Programa Electoral. Elecciones Generales 2004*, pp. 112-113 (disponible en www.psoe.es/files/programa_electoral_psoe.pdf).

² Ver L. BERENGUER FUSTER, «Sistema de defensa de la competencia», *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, pp. 24-29 (disponible en <http://www.fundacionalternativas.com>).

Durante más de cuarenta años se ha desarrollado en España una cultura de libre competencia que se ha consolidado, sobre todo en los últimos quince años, por las decisiones y actuaciones de las instituciones de defensa de la competencia. En principio, puede afirmarse que actualmente el sistema español de defensa de la competencia presenta las características exigibles en cualquier sistema desarrollado³: reglas y principios relativamente claros (*competition rules*), organismos encargados de su aplicación y cierta experiencia de aplicación de las normas (*competition rules' enforcement*) y actividades de promoción de la cultura de libre competencia en los mercados (*competition advocacy*).

Aunque la evaluación del funcionamiento del sistema español no es igual de satisfactoria en todas estas áreas, el sistema cumple los mínimos en todas ellas. Las normas vigentes son mayormente equiparables a las que rigen en otros países de nuestro entorno y no se separan en exceso del referente comunitario. Las instituciones administrativas encargadas de la aplicación de esas normas y la experiencia de más de veinte años ha demostrado algunos errores y defectos que han intentado corregirse a través de sucesivas reformas (no siempre con éxito), pero no se distancian de otros modelos vigentes en países vecinos. Es en el área de promoción y fomento de la libre competencia en el mercado en la que la experiencia española es más deficitaria: desde hace casi diez años no existen verdaderas acciones de las autoridades dirigidas a la promoción de la cultura de la competencia⁴.

Al margen de lo anterior, el mero hecho de que el Libro Blanco plantee la reforma del sistema español de defensa de la competencia pone de relieve claramente la existencia de algunos defectos y de posibles mejoras en el sistema vigente. En otro caso la reforma carecería de sentido (*If ain't broke, don't fix it!*). El Libro Blanco postula una reforma del sistema que se fundamenta en criterios y necesidades de índole técnico, en principio alejadas de cualquier ideología. Se trata de mejorar y modernizar el sistema tras la experiencia de más de veinticinco años de aplicación, y de adaptarlo y hacerlo más coherente con el sistema comunitario de defensa de la competencia tras las reformas introducidas por el Reglamento 1/2003, el Reglamento 139/2004 y con el reconocimiento de las competencias autonómicas tras la STC 208/1999.

³ World Bank/OCDE, *A Framework for the Design and Implementation of Competition law and Policy*, Washington D. C.-París, 1999 (disponible en http://www.oecd.org/document/24/0,2340,en_2649_33725_1916760_1_1_1_1,00.html).

⁴ En efecto, si excluimos el más reciente *Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial* (I 100/02), al que no faltan críticas por su poca profundidad, hay que remontarse a los primeros noventa: *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* (1992), *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* (1993), *La competencia en España: balance y nuevas propuestas* (1995) e *Informe sobre el precio fijo de los libros* (1997) (todos ellos disponibles en www.tdcompetencia.es). Sobre ellos ver R. ALONSO SOTO, «Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios», en *Estudios en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, Civitas, 1999, pp. 654-669.

En este sentido, el Libro Blanco evalúa el sistema actual y apunta sus fortalezas y debilidades, proponiendo cambios, algunos de ellos sustanciales. El presente informe comenta algunos de los cambios propuestos y propone algunos nuevos.

Con carácter general hay que subrayar que el Libro Blanco desarrolla sus argumentos en un plano meramente cualitativo y de opiniones basadas en la experiencia del funcionamiento del sistema de defensa de la competencia, pero no hay en él dato numérico alguno referido al funcionamiento del sistema que avale la eficiencia del sistema hasta la fecha y que permita evaluar los costes y beneficios de las soluciones propuestas. No hay alusiones a los costes y presupuestos del sistema actual, al personal implicado en el sistema, a la duración media de los expedientes, a la cuantía de las multas, etc. (tampoco a los efectos de los cambios sobre cada una de estas variables). Esto dificulta el análisis y desplaza los argumentos al plano de las meras opiniones⁵.

En cualquier caso, debe felicitarse al Ministerio de Economía y Hacienda por la novedad que supone la apertura de un procedimiento público de consultas sobre la reforma del sistema español de defensa de la competencia, en el que se puedan presentar distintas visiones, sugerencias e ideas sobre el sistema actual y las propuestas de reforma⁶. En principio, a la luz de la discusión y de los comentarios que la publicación del Libro Blanco ha promovido entre los expertos el proceso debe evaluarse muy positivamente⁷.

2. EL NUEVO ENTRAMADO INSTITUCIONAL

La principal novedad que el Libro Blanco propone es indudablemente la eliminación de la actual bifurcación o dicotomía que caracteriza al sistema de defensa de la competencia español. Se propone la fusión-integración del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) y del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) en un Consejo Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, CNDC)⁸. La razón funda-

⁵ La mayor parte de esa información se encuentra fácilmente disponible en las memorias del SDC e informes del TDC, pero el Libro Blanco no se aprovecha de ella, como hubiera sido aconsejable, para evaluar el sistema actual y proponer sus mejoras.

⁶ Acaso debiera considerarse, con carácter previo a la redacción del proyecto de ley de reforma de la LDC, y a efectos de profundizar en algunas de las propuestas de reforma, la constitución de una comisión de estudios, integrada por las autoridades, por profesionales y expertos en la materia, con mandatos claros y con un calendario de trabajos establecido con carácter previo, que elaborase un informe con recomendaciones sobre la reforma legislativa, análoga a las iniciativas de este tipo que se han seguido en otros sistemas más desarrollados [véase, ampliamente, sobre la experiencia norteamericana, A. A. FOER, «Putting the Antitrust Modernization Comisión into Perspective», *Buffalo Law Review*, 51 (2003), pp. 1029-1051].

⁷ Los veintinueve comentarios recibidos por el Ministerio sobre el Libro Blanco pueden consultarse en <http://www.dgdc.meh.es/ContribucionesLibroBlanco.htm>.

⁸ Ver Libro Blanco, § 76.

mental de esta medida es, según el Libro Blanco, la duplicación de tareas en el procedimiento y el consiguiente retraso que conlleva la obtención de una resolución firme con el actual sistema institucional⁹: un sistema integrado de autoridad única sería más eficiente y rápido. La reflexión del Libro Blanco se basa en intuiciones, probablemente acertadas, pero no hay datos ni números que permitan afirmar si se trata de la solución óptima.

En última instancia, parece que el Libro Blanco pretende eliminar esa separación que es una herencia del sistema instaurado por la LRPRC franquista. En efecto, ciertamente en la vigencia de la Ley de 1963 la naturaleza cuasijudicial del TDC justificaba la separación TDC-SDC: ahora los dos órganos son claramente administrativos y la separación difumina la responsabilidad y lastra y retrasa los procedimientos administrativos ante las autoridades de competencia¹⁰. Además, es innegable que aunque el TDC es un organismo autónomo e independiente, el SDC es un órgano administrativo que se integra en el Ministerio de Economía, y ello puede hacer que exista una dependencia excesiva de los gobiernos que se encuentren en el poder en cada momento.

Al margen de la elección por uno u otro modelo institucional¹¹, y a la vista de que el panorama en el Derecho comparado no es homogéneo, parece necesario que la reflexión se centre en las características de las instituciones de defensa de la competencia (se organicen como se organicen) y en los objetivos de su actuación, ya que está demostrado que los mismos objetivos pueden alcanzarse con modelos muy distintos¹².

En el fondo, y visto que la argumentación es de carácter cualitativo, es claro que el diseño del CNDC debe tener ciertas características que permitan evaluar su funcionamiento y actuaciones¹³.

El Libro Blanco pretende rediseñar las instituciones de defensa de la competencia de manera óptima¹⁴, subrayando la necesidad de que sean

⁹ Libro Blanco, §§ 68-71. Se alude también a la inadecuada delimitación de competencias con los órganos sectoriales (§§ 72-73) y a la inadecuada imbricación de los planos administrativos y judicial (§ 74), cuestiones de suma importancia, pero que nada tienen que ver con la elección —al menos tal y como el Libro Blanco plantea y propone— por un sistema institucional u otro.

¹⁰ Ya se subrayaba esto en OECD, *Regulatory Reform in Spain. The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*, París, 2001, p. 33 (disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/24/2/2508333.pdf>).

¹¹ Generalmente se distinguen tres modelos básicos que luego pueden combinarse entre sí dando lugar a resultados varios: agencias administrativas bifurcadas, judiciales bifurcados y de agencia integrada. La intervención judicial se prevé en aquellos sistemas en los que se prevean sanciones penales por la infracción de las normas de defensa de la competencia. Ver M. TREBILCOCK y E. M. IACOBUCCI, «Designing Competition Law Institutions», *World Competition*, 25/3 (2002), p. 362.

¹² En términos generales, ver «The objectives of competition law and policy and the optimal design of a competition agency-Spain», en *OECD Global Forum on Competition 2003*, p. 4. La opción por un sistema administrativo, fundada en la mayor especialización, agilidad y flexibilidad frente a los órganos judiciales, no deja lugar a dudas (con control judicial posterior, naturalmente). También Libro Blanco, § 43.

¹³ En general, en este punto se sigue a TREBILCOCK e IACOBUCCI, *World Competition*, 25/3 (2002), pp. 363-368.

¹⁴ Ver Libro Blanco, §§ 65-66.

especializadas, independientes (política o institucional y económicamente), rápidas y eficientes, transparentes y que proporcionen seguridad jurídica. No se trata de términos absolutos, cuya consecución tampoco conduciría al resultado óptimo [i.e., una especialización excesiva incrementa el riesgo de captura del regulador (*regulatory capture*)]; la transparencia debe equilibrarse con el derecho de las empresas a que ciertas informaciones sean confidenciales y no se divulguen; la excesiva eficiencia administrativa puede menoscabar la adecuada tutela de los intereses de las partes; la seguridad jurídica debe equilibrarse con cierta flexibilidad de las normas, dado que resulta contraproducente sancionar conductas inocentes, y no hacerlo con conductas que merecen la sanción¹⁵.

El Libro Blanco concibe al CNDC como una autoridad independiente, un organismo público singular e independiente, que desarrollaría sus funciones de manera autónoma y sin sometimiento a ningún órgano del Gobierno. Esto parece acertado, pues proporciona al CNDC una mayor independencia y libertad para adoptar decisiones que pudieran incomodar al Gobierno de turno, pero la mayor independencia ha de rodearse de medidas de control y responsabilidad.

El control esencial se ha de realizar fundamentalmente *ex ante* a través del nombramiento de los miembros del CNDC y de su presidente. Es necesario extremar el cuidado al establecer y aplicar los criterios que se han de exigir a los miembros del CNDC. La experiencia durante la vigencia de la LDC no ha sido enteramente satisfactoria.

Por otra parte, ha de darse la bienvenida a la propuesta del Libro Blanco de examen parlamentario de méritos de los miembros y del presidente del CNDC¹⁶, aunque naturalmente esta medida ha de instaurarse respecto de otras agencias administrativas independientes, ya que no existe singularidad alguna del CNDC que justifique un tratamiento diferencial. El control también puede realizarse *ex post* mediante la aprobación por el Gobierno y el Parlamento de sus presupuestos y de los informes anuales que presente. Además, en su caso, las decisiones del CNDC podrán ser recurridas ante la Audiencia Nacional que controlará su validez conforme a Derecho.

Asegurar y garantizar la independencia de los órganos encargados de la aplicación de las normas de defensa de la competencia ha sido, por tanto, uno de los principales objetivos de la reforma institucional pro-

¹⁵ TREBILCOCK e IACOBUCCI, *World Competition*, 25/3 (2002), pp. 365-366. Siempre será preferible un sistema sancionador que produzca falsos negativos en lugar de falsos positivos, dado que los costes sociales y de confianza en el órgano sancionador son muy elevados para cada caso en que se impone una sanción indebida (falso positivo), mientras que la tolerancia a aquellos casos (no flagrantes) en que se deja de imponer una sanción debida (falso negativo) es mayor.

¹⁶ Ver Libro Blanco, § 81. Esta idea se proponía ya por BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 25, y antes por L. BERENGUER FUSTER y C. A. GINER PARREÑO, «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Derecho de los Negocios*, 114 (marzo de 2000), p. 33.

puesta¹⁷. Al margen de los controles apuntados, la independencia institucional ha de rodearse de la adecuada independencia económica y de recursos¹⁸.

El Libro Blanco dedica alguna reflexión a la estructura interna del futuro CNDC. La cuestión no es baladí, y aparentemente cualquiera de las propuestas (estructura piramidal o estructura vertical) son adecuadas, en la medida que se garantice la debida separación de las fases de instrucción y de resolución de los procedimientos¹⁹.

Por otra parte, en lo que atañe al engarce con las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, el sistema instaurado a través de la Ley 1/2002 no ha tenido una aplicación práctica que permita detectar los errores en el funcionamiento de los mecanismos de coordinación y cooperación que en ella se contemplan. Sin embargo, sí parece aconsejable que en la medida de lo posible se integre 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 nuevo texto legal que se elabore, en el que además parece conveniente introducir mecanismos de consulta y cooperación entre el CNDC y las autoridades autonómicas en aquellas materias (v. gr., control de concentraciones o de ayudas públicas) en las que no hay competencia autonómica²⁰.

Finalmente, parece muy acertada la propuesta del Libro Blanco de fortalecimiento de la función promotora de la competencia del futuro CNDC. Tan importante como la existencia de normas jurídicas que proscriban determinadas conductas restrictivas de la competencia y que sean objeto de aplicación, disuadiendo a los posibles infractores, es que exista una creciente conciencia social sobre los beneficios y las ventajas derivados de un funcionamiento competitivo de los mercados. Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas de defensa de la competencia pueden contribuir a crear y desarrollar ese «estado de opinión» a través de informes y estudios en los que se analicen los efectos positivos de la libre

¹⁷ Subraya el problema de la falta de independencia en la Ley 16/1989, en su opinión agravado por reformas posteriores (de reforzamiento del órgano dependiente del Ministerio, el SDC) — aunque esto es discutible —, BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 13.

¹⁸ Libro Blanco, § 84 (financiación con cargo a las tasas por control de concentraciones y Presupuestos Generales del Estado). Véase, aunque respecto de las autoridades en los países latinoamericanos, OECD Secretariat, «Institutional Challenges in Promoting Competition», *2nd Annual Meeting of the Latin American Competition Forum*, 14-15 de junio de 2004, Washington D. C., §§ 6-8.

¹⁹ Incluso en un sistema de órgano único, como el de la Comisión Europea, en el que la separación de estas fases parece más cuestionable, se respetan las garantías de enjuiciamiento por tribunal independiente e imparcial exigidas por el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ver ampliamente W. J. WILS, «The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition*, 27 (2004), pp. 201-223 [que, respecto de los procedimientos sancionadores, cree que existe un claro sesgo procesal (*prosecutorial bias*), que se corregiría mediante la asignación de la competencia de resolución al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, lo cual además permitiría refinar el arsenal de sanciones a imponer].

²⁰ Ver Libro Blanco, § 67.

competencia y de la liberalización de los mercados y los perjuicios derivados de las restricciones competitivas²¹.

También parece aconsejable que se exija que las autoridades de defensa de la competencia revisen y reflexionen periódicamente sobre sus decisiones y sobre las tendencias seguidas en la aplicación de la LDC²². Los resultados de esta reflexión deben ser públicos y resultarán de utilidad a los operadores económicos, permitiendo a las autoridades detectar posibles errores y defectos en las normas y en su aplicación, pudiendo conducir a la introducción de mejoras por el legislador o por las propias autoridades. Como herramienta de apoyo a los operadores, en la medida de lo posible, deben elaborarse directrices y recomendaciones de buenas prácticas que faciliten el acceso a las autoridades.

3. LA REFORMA DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS

Ha de subrayarse la necesidad de mejorar la redacción de las tradicionales prohibiciones sustantivas contenidas en la LDC, ya que la Ley que resulte de la reforma será en gran medida objeto de aplicación por las autoridades autonómicas de defensa de la competencia. Ello hace especialmente necesario reflexionar sobre el catálogo de mandatos y conductas que se prohíben y sobre los términos en que deban redactarse. Ha de evitarse que existan imprecisiones y ambigüedades que puedan conducir a una aplicación dispar de las normas por las autoridades autonómicas.

En la medida de lo posible, siguiendo la praxis y experiencia de otras autoridades, deben desarrollarse directrices y recomendaciones sobre las distintas materias de su competencia²³ que faciliten las actuaciones de los operadores privados.

A. LA ELIMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN SINGULAR

El Libro Blanco es consciente de la necesidad de replantearse el procedimiento de autorización singular tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003²⁴. La única postura posible es la desaparición del sistema

²¹ La idea aparecía ya esbozada en BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo 54/2004*, Fundación Alternativas, pp. 25-26. A ella dedica el Libro Blanco la parte VII, bajo el enunciado de «Proyección Social de la Política de la Competencia», §§ 211-220.

²² Ver ABA, Section of Antitrust Laws, *The State of Federal Antitrust Enforcement-2001, Report of the Task Force on the Federal Antitrust Agencies-2001*, p. 16.

²³ No muy desarrollado en España fuera de los documentos «Cómo notificar una concentración» y «Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del Servicio de Defensa de la Competencia» (disponibles en www.mineco.es/dgdc/sdc).

²⁴ Libro Blanco, § 137.

actual²⁵; lo exige no sólo la coherencia con el sistema comunitario, sino también el interés público y una adecuada administración de los escasos recursos de las autoridades de defensa de la competencia. Además, procede derogar el art. 4 de la LDC y darle una nueva redacción al art. 3 que declare inaplicable la prohibición del art. 1 a aquellos acuerdos o prácticas que demuestren ser eficientes, beneficiosos para los consumidores y que no restrinjan la competencia más de lo necesario para alcanzar las eficiencias que se proponen. Permitir que el sistema continúe de manera descentralizada tras la STC 208/1999 supone introducir demasiados elementos de incertidumbre e inseguridad para las empresas sobre qué prácticas estarán permitidas o prohibidas; el interés general y la coherencia con el sistema comunitario exige la desaparición del procedimiento de autorización singular. Ello permitirá a las autoridades concentrar sus actividades y sus recursos en la persecución y sanción de las conductas restrictivas de la competencia más graves.

Las empresas se encargarán de autoevaluar el cumplimiento de las condiciones del art. 3 con la ayuda de la praxis anterior del SDC-TDC y de la Comisión, así como de los criterios proporcionados por las distintas comunicaciones de la Comisión en la materia²⁶. Los reglamentos de exención por categorías desempeñarán una función aún más esencial en el nuevo sistema, y en el concreto caso español parece aconsejable la elaboración de uno específico para los registros de morosos, que hasta la fecha supone más del 90 por 100 de las decisiones del TDC en aplicación del art. 3.

Por otra parte, debe eliminarse el art. 3.2 porque introduce criterios ajenos a los propios de defensa de la competencia (interés público, proteccionismo, razones sociales, etc.) para la autorización de ciertas prácticas o conductas restrictivas de la competencia. En su caso, el Gobierno dispone de otros instrumentos normativos distintos de la política de la competencia para intervenciones basadas en esos criterios.

Finalmente, de manera análoga a lo establecido en el Reglamento 1/2003, para proporcionar cierta seguridad y certidumbre jurídica a las empresas deben introducirse preceptos que prevean orientaciones informales²⁷ y declaraciones de inaplicabilidad²⁸ por parte del CNDC.

²⁵ Ya BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo 54/2004*, Fundación Alternativas, p. 26.

²⁶ Especialmente la *Comunicación de la Comisión-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado*.

²⁷ Ver Considerando 38 del Reglamento 1/2003 y *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)*.

²⁸ Ver art. 10 del Reglamento 1/2003.

B. LA MEJORA EN LA REDACCIÓN DE LAS NORMAS TRADICIONALES

La reforma debe aprovecharse para eliminar normas inadecuadas que pueden fácilmente conducir a una aplicación defectuosa de la normativa de defensa de la competencia, que limite injustificadamente la libertad de empresa. La libre competencia es una exigencia insoslayable para el desarrollo de los mercados y el aumento en el bienestar social, y deben proscribirse aquellas conductas unilaterales y bilaterales que restrinjan de manera *significativa* la competencia. La experiencia habida en la persecución de los supuestos de colusión tácita por el TDC no es enteramente satisfactoria (y lo es menos cuando el TDC falla en contra de lo propuesto por el SDC, y menos aún cuando tampoco dentro del TDC hay acuerdo)²⁹ y hace pensar que si a las autoridades les ha resultado difícil hallar la colusión, más difícil aún les será encontrar el paralelismo. Debe eliminarse la prohibición de las «prácticas conscientemente paralelas» que restrinjan la competencia. Las empresas tienen derecho a competir, y normalmente va en su interés hacerlo, pues tiende a ser lo más rentable. No parece aconsejable, en cambio —como se deriva de la prohibición del «paralelismo consciente» *tout court*—, la imposición de una obligación de competir. En efecto, si no media acuerdo y no hay concertación o colusión de ningún tipo, el paralelismo consciente, la imitación de las conductas ajenas, debe ser libre³⁰. En supuestos de oligopolio y de dominancia colectiva, los comportamientos iguales de los competidores podrán en su caso perseguirse por la vía del art. 6 de la vigente LDC.

Al margen de que la escasa experiencia habida en la aplicación de la prohibición del paralelismo consciente que restringe la competencia hace irrelevante su eventual supervivencia, el paralelismo consciente que restrinja la competencia sólo debe ser sancionado en supuestos de dominancia colectiva o cuando verdaderamente haya indicios de concertación.

Por otro lado, el art. 6.1.b) de la LDC contiene una prohibición ajena a las contenidas en las normas de defensa de la competencia (importada de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 52/1999). Esta prohibición deriva del abuso en situaciones de desequilibrio contractual que nada tienen que ver con la defensa de la competencia, y debe desaparecer del texto de la LDC, pues no existen razones que aconsejen el mantenimiento de la prohibición en esta sede. El ejercicio de un eventual poder de negociación por un agente económico sobre sus proveedores podrá, en su caso, ser objeto de control judicial mediante la aplicación de las normas de competencia desleal. Razones técnicas de peso abogan por su elimina-

²⁹ Un buen botón de muestra es la Resolución 432/98, Líneas Aéreas, de 29 de noviembre de 1999 (con voto particular de tres vocales).

³⁰ Para una reciente opinión contraria, ver M.^a del C. NAVARRO SUAY, «Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 232 (julio-agosto de 2004), pp. 49-63.

ción, ya que produce una distorsión considerable al introducirse conjuntamente con el abuso de posición dominante en el catálogo de conductas tradicionalmente prohibidas por la LDC³¹. En muchos casos, la configuración del abuso de dependencia económica como un abuso de posición de dominio impropio o relativo dificulta la punición de los incumplimientos de la prohibición por la falta de claridad en el diseño de sus presupuestos de aplicación.

C. ¿QUÉ HACER CON EL ART. 7 DE LA VIGENTE LDC?

El Libro Blanco propone la eliminación o la aclaración de la redacción de este precepto³². Este artículo fue incorporado a la normativa de defensa de la competencia en 1989³³, cuando no existía todavía la Ley de Competencia Desleal. Se trata de un precepto de redacción cuestionable que ha dado lugar a una praxis más cuestionable aún. En la vigente LDC se añaden dos requisitos a los actos de competencia desleal que agravan su calificación jurídica para que puedan ser considerados infracción del derecho de defensa de la competencia: distorsión grave del mercado y afectación al interés público. A día de hoy no resulta claro qué supone ni la exigencia de distorsión grave del mercado ni la exigencia de afectación al interés público.

Adicionalmente, la aplicación del citado precepto ha consumido recursos y no ha supuesto una gran diferencia aplicativa³⁴, porque en muchos casos simultáneamente se aplicaba el art. 6 de la LDC.

Consideramos que, en caso de eliminar este precepto, para reforzar la tutela del interés público en los procesos de competencia desleal debería facultarse para que el CNDC investigue aquellos supuestos de deslealtad concurrencial más graves en los que haya un interés público en juego y pudiera interponer la correspondiente demanda ante la jurisdicción civil, así como intervenir en aquellos otros procesos de competencia desleal que estime conveniente (*amicus curiae*)³⁵.

³¹ Libro Blanco, § 135 (que propone que, si no se elimina, se redacte al margen del abuso de posición dominante).

³² Libro Blanco, § 135.

³³ La Ley 110/1963 incorporaba una prohibición de actos de competencia desleal que fueran bilaterales o manifestación de posición de dominio.

³⁴ No es significativo, como apunta el Libro Blanco, que sólo en unas pocas decisiones se haya estimado una denuncia conforme a este precepto y en menos aún se haya impuesto una sanción [ver Libro Blanco, § 104.ii), nota 75], lo verdaderamente relevante es el número de denuncias que se presentan con este fundamento ante el TDC.

³⁵ El fortalecimiento de las facultades «acusadoras» del CNDC ante los tribunales civiles contribuiría a paliar cualquier posible pérdida derivada de la derogación del art. 7 de la vigente LDC; el modelo es probablemente el de la FTC en Estados Unidos. Ver también OECD Secretariat, «Institutional Challenges in Promoting Competition», *2nd Annual Meeting of the Latin American Competition Forum*, 14-15 de junio de 2004, Washington D. C., § 13.

En caso contrario, si se mantiene el art. 7 de la vigente LDC, y se contempla ampliar las funciones del CNDC, puede optarse por una solución que encargue a este último también la aplicación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad³⁶. Aunque parece que se trata de una solución que, desde un punto de vista técnico, distorsiona el sistema institucional y los objetivos de la defensa de la competencia, su introducción sería coherente con el mantenimiento y fortalecimiento de las facultades previstas en el art. 7 de la vigente LDC, aproximando el Derecho de defensa de la competencia a los particulares³⁷.

D. ¿QUÉ ES ESO DE APLICAR EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?

La existencia de un límite en la aplicación de las normas de defensa de la competencia derivada de la propia acción del Estado o de los organismos públicos es una cuestión que ha preocupado y preocupa a todos los sistemas de defensa de la competencia. En Estados Unidos, la *state action doctrine* impide la aplicación de las normas federales de defensa de la competencia a los Estados. En Europa, aunque las normas de defensa de la competencia se dirigen a las empresas (salvo el art. 86 y las normas sobre ayudas públicas), el art. 10 del Tratado CE debe impedir que los Estados introduzcan restricciones a la competencia, aunque su aplicación práctica deje bastante que desear.

En España, el art. 2 ha sido durante muchos años el precepto que ha amparado las conductas restrictivas de la competencia introducidas a través de las normas administrativas y reglamentarias. Sucesivas reformas han reducido el ámbito de la posible «exención estatal» a aquellas restricciones contenidas en normas de rango legal (y ello sin perjuicio de la aplicación del art. 10 del Tratado CE antes indicada). Esto plantea problemas graves de técnica jurídica, pues se habilita al TDC — un órgano administrativo — para prescindir e inaplicar los reglamentos y actos administrativos que restringen la competencia sin fundamento legal, en un ordenamiento jurídico como el español en el que la mayor parte de regulaciones relativas a mercados completos no son desarrolladas por normas de rango superior a las órdenes ministeriales.

De acuerdo con la versión vigente del art. 2 de la LDC, no es posible que se introduzcan justificaciones de restricciones a la competencia por normas de rango reglamentario que carezcan de fundamentación legal,

³⁶ Análoga a la vigente en Italia, en donde el Decreto Legislativo de 25 de junio de 1992 (núm. 74/1992), de transposición de las directivas en materia de publicidad engañosa y comparativa, atribuye a la *Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato* (AGCM) la competencia para resolver de las reclamaciones en materia de publicidad ilícita (art. 7).

³⁷ Eventualmente también se podrían otorgar competencias a la CNDC en materia de protección de consumidores y usuarios, como ocurre en Estados Unidos con la *Federal Trade Commission*.

pero ello choca con que forzosamente el TDC no podría saltarse la presunción de legalidad de los reglamentos y actos administrativos³⁸.

Por eso, el Libro Blanco va un paso más allá. Para conseguir una eficaz y técnicamente correcta aplicación por el CNDC de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas³⁹ reconoce a la CNDC legitimación necesaria para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos o normas que ocasionen restricciones sustanciales de la competencia⁴⁰.

El control de los efectos de la actividad de las Administraciones Públicas sobre los mercados exige, por tanto, que la CNDC esté legitimada para la interposición de recursos contencioso-administrativos de cualesquiera normas o actos administrativos susceptibles de generar restricciones de la competencia efectiva. Sin embargo, la dificultad en la delimitación de la materialidad de las restricciones sobre los mercados hace pensar en la conveniencia de establecer algún criterio sustantivo *de minimis* que permita racionalizar los recursos que se inviertan en estas actuaciones por parte de la CNDC.

Habría que valorar, además, la posibilidad de un sistema de actuación no sólo de oficio, sino mixto, en el que se permita una denuncia por parte de los afectados a la CNDC y la consiguiente impugnación por parte de ésta de aquellos actos o normas que ocasionen restricciones de la competencia. La CNDC debería tener una potestad reglada para determinar si inicia o no los procedimientos en vía contencioso-administrativa, de modo que no se convierta en una primera instancia decisoria en el procedimiento de impugnación.

E. LOS UMBRALES DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES Y EL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

La equiparación con los sistemas vigentes en casi todos los países del mundo aconseja eliminar el umbral de cuota de mercado como circunstancia que genere la obligación de notificar una operación de concentración empresarial⁴¹. En la Unión Europea sólo Letonia y Eslovenia contie-

³⁸ El art. 18.2 de la LRJAP establece que: «Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas [...] deberán ser observados por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezca a otra Administración». Sobre este argumento, ver M. REBOLLO PUIG, «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 731-734 (que necesariamente relegaba la posibilidad de acción del TDC a la presentación de una propuesta de modificación de acuerdo con el art. 2.2 de la LDC, *op. cit.*, pp. 734-335).

³⁹ Ya BERENQUER FUSTER, *Documento de Trabajo 54/2004*, Fundación Alternativas, p. 26.

⁴⁰ Libro Blanco, § 214.

⁴¹ Ver J. M.^a JIMÉNEZ LAIGLESIA, «Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones», *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, pp. 29-30. Si no se elimina,

nen una previsión parecida. El Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia también lo tienen, pero dentro de un sistema de notificación voluntaria. Constituye un criterio poco claro y poco comprensible, difícil de cuantificar objetivamente⁴².

En efecto, el mantenimiento de la cuota obliga a las empresas a notificar operaciones que no suscitan problemas para la competencia en los mercados, consumiendo valiosos recursos de las autoridades y de los profesionales.

A cambio, debe evaluarse la conveniencia de reducir el umbral de volumen de negocios, que es quizás demasiado elevado, para equipararlo más a los establecidos en otros países de nuestro entorno⁴³.

Deben, por otra parte, corregirse los defectos, ambigüedades e imprecisiones en el actual formulario de notificaciones, eliminando las exigencias de datos e información innecesaria, obligando a las partes a pronunciarse sobre los efectos de la operación y las eficiencias que genera, y detallando escrupulosamente los documentos que deben aportarse⁴⁴.

Por otra parte, el cambio en la estructura institucional derivado de la fusión/integración entre el SDC y el TDC obliga a rediseñar el procedimiento de manera que exista una clara separación entre la investigación y resolución, evitando una posible inercia o perjuicio confirmatorio (*confirmatory bias*) a través de mecanismos de control análogos a los previstos por la Comisión Europea (por ejemplo, revisiones y controles periódicos por terceros imparciales). Por otra parte, como el Libro Blanco propone, debe también alargarse la duración del procedimiento, frente a los cuatro meses actuales, para disminuir la probabilidad de errores en las decisiones de la autoridad.

F. LAS CONDICIONES Y MEDIDAS IMPUESTAS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

En este punto, el sistema actual debe someterse a una profunda revisión en la que cambie la idea que preside el procedimiento de control. La filosofía que ha de introducirse es la que preside el nuevo Reglamento 139/2004.

Tal y como ocurre en la actualidad, las partes deberían someter a la consideración de las autoridades una operación que puede plantear pro-

debería cualificarse introduciendo unos umbrales de cifra de negocio mínimos, por debajo de los cuales huelga la obligación de notificación.

⁴² La supresión de los umbrales de cuota de mercado es una recomendación del Internacional Competition Network (ICN), *Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones*, noviembre de 2002, p. 4.

⁴³ Ver JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, p. 30.

⁴⁴ Ver JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, pp. 35-36.

blemas para la competencia, y en caso de que la autoridad se plantee prohibir o condicionar la operación, deben ser las partes las que propongan las medidas a adoptar para que la autoridad la apruebe y no la autoridad la que las proponga, como viene siendo el caso hasta ahora. En efecto, sin perjuicio del tiempo que las autoridades dediquen al análisis y estudio de la operación, debería corresponder a las partes notificantes la proposición de medidas y compromisos que convenzan a la autoridad⁴⁵.

Por otra parte, para que el control resulte eficaz es preferible que las condiciones y medidas propuestas tengan carácter estructural (principalmente, obligaciones de desinversión), frente a los problemas y dificultades que pueden suscitarse para el control de la aplicación de las obligaciones de comportamiento⁴⁶. Debe desecharse la tendencia a emplear las condiciones impuestas en los procesos de control de concentración como un mecanismo de regulación indirecto del mercado, es preferible que los poderes públicos acudan —en su caso— a otros instrumentos más apropiados para ello.

Adicionalmente, la autoridad debería recabar la opinión de las partes interesadas (competidores, proveedores, clientes y terceros interesados) sobre las medidas propuestas por las partes antes de la adopción de una decisión definitiva. Sólo este examen de mercado (*market test*) permitirá evitar la negociación de condiciones ajenas a la dinámica de los mercados afectados o que resulten claramente insuficientes para proteger los intereses de otras partes interesadas (evitando la consiguiente litigiosidad).

G. EL PODER DE DECISIÓN EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

En esta materia debe reforzarse la independencia del poder político de la institución encargada de la defensa de la competencia en España, tal y como ocurre en la actualidad en otros sistemas (señaladamente en la UE). Los elementos políticos deben desaparecer del análisis de las operaciones de concentración, que ha de regirse y seguir criterios y principios técnicos relativos exclusivamente a la garantía del funcionamiento competitivo de los mercados.

Para ello, debe aplaudirse la propuesta de suprimir el paso mediante el cual el Ministerio de Economía decidía si remitía los expedientes de con-

⁴⁵ En la línea de lo establecido por los arts. 19 y 20 del Reglamento 802/2004, ver JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, pp. 44-45.

⁴⁶ Ver JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo 56/2004*, Fundación Alternativas, pp. 44-45. Un buen ejemplo de lo que hay que evitar se encuentra en la reciente Orden EHA/488/2005, de 14 de febrero, por la que se dispone la publicación del acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del art. 17 de la Ley 19/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Shell Peninsular, S. L., y Shell Atlántica, S. L., por parte de Disa Corporación Petrolífera, S. A.

centraciones al TDC⁴⁷. Sin embargo, no es acertada la propuesta del Libro Blanco de mantener el poder de veto del Consejo de Ministros sobre algunas decisiones de la futura CNDC en materia de concentraciones por razones de interés general⁴⁸. A continuación se detallan los argumentos que justifican esta postura.

a) *Costes ocasionados por el poder de veto del Consejo de Ministros*

Los objetivos del sistema de competencia en España, en lo relativo al control de concentraciones, han de ser minimizar la suma de tres posibles tipos de costes:

- 1) Costes de evitar activa o pasivamente que se realicen concentraciones pro-competitivas que aumentan el bienestar social, llamados costes de error tipo I.
- 2) Costes de permitir que se lleven a cabo concentraciones anticompetitivas que disminuyan el bienestar social, llamados costes de error tipo II.
- 3) Costes de transacción asociados al sistema.

Cada una de estas tres clases de costes aumenta al otorgar derecho de veto al Consejo de Ministros sobre la decisión de la CNDC. Evaluar si una concentración es anti o pro-competitiva es una tarea muy compleja que requiere amplio estudio, dedicación y experiencia. Para realizar un correcto análisis se necesita la combinación de varias habilidades: un dominio de la teoría económica sobre organización industrial, destreza en el análisis e interpretación cuantitativa de los datos, así como haber utilizado las técnicas y conceptos jurídico-económicos específicos en varias ocasiones anteriores.

Otorgar a un órgano político sin especialización en materia de defensa de la competencia, como el Consejo de Ministros, el poder de cambiar las decisiones tomadas por una agencia especializada genera una gran incertidumbre, que aumenta los costes potenciales de realizar cualquier tipo de concentración, independientemente de su efecto en la competencia. Como resultado, aumentan las posibilidades de cometer errores de tipo I al impedir que se realicen concentraciones procompetitivas. Además, la falta de especialización técnica y de experiencia del Consejo de Ministros implica una mayor posibilidad de error tipo II, dado que, como carece de las habilidades y experiencia de una agencia especializada, aumentan las

⁴⁷ Ver Libro Blanco, § 189. Contendida ya en BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 26 (aunque ya reconocía la necesidad de «dejar algún resquicio para que una concentración no aprobada pueda ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público nacional»). También, ampliamente, aunque sin resquicios de esa clase, JIMÉNEZ LAIGLESIA, *Documento de Trabajo* 56/2004, Fundación Alternativas, *passim* (que avanza un modelo —parcialmente judicial— mucho más ambicioso).

⁴⁸ Ver Libro Blanco, § 190.

probabilidades de que se acaben aprobando concentraciones anticompetitivas. Finalmente, el poder de veto del Consejo de Ministros aumenta los costes de transacción al alargar inevitablemente el período de tiempo necesario para disponer de una decisión final en cualquier sentido. Ese incremento de tiempo de espera también repercute en un mayor coste de la operación al estar las actividades y estrategia de las organizaciones implicadas supeditadas al conocimiento de la decisión final sobre el procedimiento de concentración.

Como resumen cabe decir que el reconocimiento del poder de veto político disminuye la eficiencia y perjudica el buen funcionamiento de las instituciones de defensa de la competencia en el procedimiento de control de concentraciones.

b) *Responsabilidad política del sistema de defensa de la competencia*

En un sistema democrático cualquier institución administrativa, tal como las que rigen o regirán el sistema de defensa de la competencia en España, tiene que rendir cuentas a una autoridad con legitimidad democrática. En efecto, los funcionarios encargados de investigar y hacer cumplir todo tipo de regulaciones, como riesgos laborales o medio ambiente, están sujetos a la autoridad última de algún Ministerio.

Sin embargo, esta legitimidad democrática o responsabilidad política puede conseguirse de maneras alternativas que no comprometan el buen funcionamiento de la institución encargada de velar por el mantenimiento de la competencia. Estos mecanismos alternativos pueden ser la elección por el Gobierno o el Parlamento de la persona responsable de dirigir la institución o la obligación de realizar un informe anual al Parlamento detallando las actividades del año⁴⁹. De alguna manera, ambos mecanismos existen en el sistema vigente⁵⁰ y el Libro Blanco propone que continúen en el nuevo sistema, aumentando la intervención del Parlamento en el control del nombramiento de los miembros de la CNDC.

c) *Implicaciones sobre el interés general del poder de veto del Consejo de Ministros*

El Libro Blanco defiende el mantenimiento del poder de veto del Consejo de Ministros con el objetivo de la salvaguarda última del interés

⁴⁹ Ver lo dicho *supra*, § 1, sobre el entramado institucional.

⁵⁰ Véase —por lo que atañe al control financiero y presupuestario y a la memoria anual— el art. 22 del Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del TDC; por lo que se refiere al nombramiento de los miembros del TDC por el ministro de Economía y Hacienda véase art. 21 de la LDC.

general⁵¹. A primera vista, esta salvaguarda puede parecer loable. Indudablemente, el «interés general» es un concepto digno de la más encarnizada defensa y protección.

Sin embargo, el derecho de veto del Consejo de Ministros ha de rechazarse por dos motivos.

En primer lugar, la definición de interés general es demasiado abstracta y muy poco detallada. ¿Bajo qué circunstancias exactas se puede alegar la defensa del interés general? ¿En qué sectores? ¿Qué criterios se utilizarán para medir el supuesto daño a este interés general? Ante esta indefinición creemos que en la práctica la citada salvaguarda puede convertirse en una caja negra que puede ser aplicada para defender prácticamente cualquier decisión en un sentido o en otro a discreción del Consejo de Ministros. Ello genera inseguridad jurídica y aumenta los costes del sistema como se ha explicado antes. Además, cualquier intento de detallar en qué consisten esos intereses generales está abocado al fracaso, ya que resulta extremadamente complejo fijar y enumerar con carácter previo y definitivo las posibles manifestaciones del interés general⁵².

En segundo lugar, la defensa del interés general se puede llevar a cabo de manera mucho más efectiva y sin comprometer el buen funcionamiento del sistema de control de concentraciones utilizando alternativamente las herramientas propias de las que dispone el poder ejecutivo, tales como la regulación específica de un sector, sistemas de subvenciones o de sanciones.

Por estas razones, el mantenimiento de la potestad de veto del Consejo de Ministros compromete innecesariamente y de manera importante el buen funcionamiento del sistema de defensa de la competencia en el procedimiento de control de concentraciones. Dado que existen mecanismos alternativos para la salvaguarda del interés general, así como para garantizar una responsabilidad política de la CDNC, debe eliminarse cualquier interferencia del Consejo de Ministros en los procedimientos de control de concentraciones.

H. ¿UN NUEVO RÉGIMEN PARA LAS AYUDAS PÚBLICAS?

El control de las ayudas públicas ha sido uno de los pilares del Derecho de la competencia que se ha desarrollado en menor medida durante la

⁵¹ En otros países se sustituye la referencia «concentraciones que afecten al interés general» por la de «concentraciones en sectores estratégicos» (infraestructuras, telecomunicaciones), TREBILCOCK e IACOBUCCI, *World Competition*, 25/3 (2002), pp. 384-390.

⁵² La pretensión de enumeración taxativa *ex ante* de esos intereses generales no parece fácil, como pone de relieve el propio Libro Blanco, que en la nota al pie 141 realiza el ensayo de qué pueden ser considerados «intereses generales». Un voluntarismo parecido se aprecia en TREBILCOCK e IACOBUCCI, *World Competition*, 25/3 (2002), p. 389.

vigencia de la LDC. En este sentido, es destacable la propuesta de refuerzo del mecanismo de control incluida en el Libro Blanco⁵³.

Sin embargo, la propuesta parece insuficiente⁵⁴. Sería deseable introducir un cambio más ambicioso, centrado en un sistema similar al contenido en la normativa comunitaria. El nuevo texto de la LDC debería estar basado en una prohibición general de las ayudas públicas y establecer un elenco tasado de criterios de autorización de ayudas —orientados claramente a medidas horizontales— que permitan fomentar la competitividad de la economía española.

El papel de la CNDC debería ser similar al de la Comisión Europea en el ámbito comunitario y deberían someterse a su aprobación los programas marco (trianuales) de concesión de ayudas en programas de carácter horizontal, así como la eventual concesión de ayudas específicas superiores a una determinada cuantía (p. ej., 300.000 euros).

Por otra parte, debería estudiarse la conveniencia de replicar este esquema en el ámbito autonómico o, por el contrario, centralizar el control de las ayudas públicas en la CNDC, independientemente de cuál sea el organismo público concedente de las mismas.

Finalmente, en cuanto a la redefinición de las ayudas públicas, parece que la última mención del vigente art. 19 de la LDC no debería eliminarse. De este modo podría garantizarse la flexibilidad normativa necesaria para adaptar la interpretación y aplicación del régimen de control de ayudas públicas a los desarrollos jurisprudenciales comunitarios y nacionales en la materia.

4. LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS: LAS SANCIONES

La LDC, como la LPRC, confían principalmente en los mecanismos administrativos de aplicación y *enforcement* de las prohibiciones que en ellas se contienen. Así ocurre en otros muchos Estados europeos y es el modelo vigente respecto del Derecho comunitario de la competencia. En efecto, se encarga a organismos públicos la investigación, persecución y sanción de las infracciones de las normas de defensa de la competencia. El sistema es coherente con la existencia de un interés público esencial en el funcionamiento competitivo de los mercados derivada, en el caso español, del propio art. 38 de la Constitución española.

No hay ninguna mención en el Libro Blanco sobre el sistema de aplicación de las normas de defensa de la competencia, fuera de las concisas

⁵³ Libro Blanco, §§ 209-210 (sólo en el plano consultivo).

⁵⁴ Bastante menos tímida es la intervención que proponía BERENGUER FUSTER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, pp. 26-27, que aludía a la necesaria declaración de nulidad de las ayudas públicas ilícitas a cargo de los órganos jurisdiccionales.

propuestas de graduar las infracciones⁵⁵ y una breve reflexión general sobre el cálculo y tope de las multas⁵⁶ y de las propuestas que se realizan sobre las acciones de reclamación de daños civiles derivados de la infracción *antitrust* a las que luego se aludirá (*infra* § 4).

Esta carencia del Libro Blanco es criticable, pues pudiera dar a entender que el sistema actual es satisfactorio. Como cualquier otra norma jurídica, la relevancia práctica de las normas de defensa de la competencia depende de su aplicación efectiva. Si esa aplicación no existe o es defectuosa, poco importa cuál sea el contenido de las normas. La relevancia en materia *antitrust* de una aplicación efectiva es mayor, pues sólo entonces se garantiza la función disuasoria de las prohibiciones de ciertos comportamientos que suelen contenerse en las normas⁵⁷.

En modo alguno puede considerarse que la experiencia habida con la aplicación de las normas de defensa de la competencia sea satisfactoria⁵⁸. La praxis del TDC en los expedientes sancionadores pone de relieve bien a las claras la necesidad de mejorar el sistema de sanciones por infracciones de los arts. 1 y 6 de la vigente LDC. Sirva para ello un detalle: algunas de las mayores sanciones que el TDC ha impuesto en los últimos años han sido anuladas por la Audiencia Nacional por defectos en la motivación de sus decisiones⁵⁹. Ello pone de relieve, por una parte, la exigua regulación sobre las sanciones que se contiene en la vigente LDC y, por otra parte, la escasa calidad de las resoluciones sancionadoras del TDC.

Corregir este segundo defecto es más complejo, y probablemente tenga que ver con la selección y los incentivos de los miembros del TDC. Sin embargo, debe aprovecharse la reforma de la Ley para introducir un régimen sancionador adecuado, con criterios cuantitativos, que haga posible el cálculo de las multas y que sea transparente (*infra* § 3.3). Además es procedente, como lo han hecho otros Estados europeos, reflexionar sobre la eficacia de las sanciones actualmente previstas y cuestionarse la posible criminalización de las más graves infracciones de las normas de defensa de la competencia (*infra* § 3.1).

En cualquier caso, sí que parece necesario perfeccionar el sistema de sanciones individuales a los administradores y directivos de las entidades

⁵⁵ Libro Blanco, § 147.

⁵⁶ Libro Blanco, §§ 148-149.

⁵⁷ Ver R. POSNER, *Antitrust Law*, 2.^a ed., Chicago-Londres, University of Chicago Press, 2001, p. 266.

⁵⁸ En este sentido, BERENGUER afirma que: «*la cuantía de las multas no parece ser suficientemente disuasoria*» y propone elevarla hasta el doble del beneficio que el infractor haya obtenido con la conducta ilícita (ver *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 28).

⁵⁹ Sobre el particular permítase la remisión a F. MARCOS, «The Enforcement of Spanish Antitrust Law: A Critical Assessment of the Fines Setting Policy and of the Legal Framework for Private Enforcement Actions», *Workshop on Remedies and Sanctions in Competition Policy: Economic and Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, working paper, Faculty of Economics and Econometrics, University of Amsterdam, 17 de febrero de 2005, pp. 8-10 (disponible en www.kembureau.uva.nl/acle).

infractoras (*infra* § 3.3) e introducir un programa de clemencia análogo a los que existen en los países de nuestro entorno (*infra* § 3.2). Finalmente, debe reforzarse la obligación de motivación y justificación de las sanciones del CNDC (*infra* § 3.5).

A. ¿SANCIONES PENALES POR LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

Son ya varios los Estados miembros de la Unión Europea que castigan las prácticas restrictivas de la competencia con sanciones penales. De hecho, algunos Estados sólo prevén sanciones penales (Irlanda y Estonia). En otros Estados, como el Reino Unido, las sanciones penales se combinan con las sanciones administrativas. En Francia, Alemania, Austria, Chipre y la República Eslovaca las principales sanciones son multas administrativas, pero en teoría cabe la prisión ante determinadas conductas. En Dinamarca y Malta las multas impuestas tienen carácter penal, y en Grecia se imponen tanto multas administrativas a las sociedades como multas penales a sus administradores. El régimen es exclusivamente de sanciones administrativas en Italia, España, Holanda y Luxemburgo.

La eficacia de las sanciones penales en materia de defensa de la competencia tiene su mejor exponente en los Estados Unidos de Norteamérica⁶⁰, y ha sido postulado por instituciones internacionales⁶¹ y por la doctrina como una posible solución ante la dificultad de calcular la multa óptima y la imposibilidad de imponerla⁶².

El establecimiento de sanciones penales requiere una reflexión y evaluación profunda sobre la eficacia actual del sistema de sanciones administrativas. Además, la criminalización sólo es aconsejable en la medida en que refleje una conciencia social de reproche a estas conductas. Como se ha hecho en aquellos países en los que esta decisión se ha adoptado recientemente, señaladamente el Reino Unido desde 2003, las sanciones

⁶⁰ Que, incluso, las ha aumentado recientemente a través de la *Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act of 2004*, que el presidente Bush firmó el 22 de junio de 2004 (las multas a las sociedades pasan de 10 millones de dólares a 100 millones de dólares, aunque pueden superar ese importe si la ganancia obtenida es superior o si el impacto en la actividad comercial ha sido muy significativo; las multas a los individuos pasan de 350.000 dólares a 1 millón de dólares, elevándose las penas de prisión de tres a diez años), ver H.R. 1086 (disponible en <http://thomas.loc.gov>).

⁶¹ Sin ir más lejos, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Ver OCDE, *Second Report of the Competition Committee Actino Against Hard Core Cartels*, DAFFE/COMP (2003) 2, y *Cartels: Sanctions Against Individuals, Series Roundtables on Competition Policy*, 49, DAF/COMP (2004) 49 (disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/61/46/34306028.pdf>).

⁶² Ver, recientemente, con referencias, W. J. WILS, «Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?», presentado en ACLE Conference, *Remedies and Sanctions in Competition Policy: Economic and Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, Amsterdam, 17-18 de febrero de 2005 (disponible en www.kembureau.uva.nl/acle).

penales deben restringirse a los cárteles y otras infracciones de prohibiciones graves (*hard core cartels* y *bid-rigging*) e intencionadas⁶³.

La imposición de sanciones penales requeriría además, respecto de aquellos supuestos en los que se establecieran, una modificación del sistema institucional, de acuerdo con la cual el CNDC solicitase ante un órgano jurisdiccional su imposición.

B. ¿DEBE HABER UN PROGRAMA DE CLEMENCIA?

España es uno de los pocos Estados europeos que no tiene un procedimiento de clemencia para incentivar el arrepentimiento y la delación de las empresas infractoras de las normas de defensa de la competencia. Ello suscita algunas dificultades en la coordinación en el marco de los procedimientos sancionadores de acuerdo con el Reglamento 1/2003 y resta eficacia a los sistemas de detección y sanción de las prácticas prohibidas previstas en la LDC. Al menos respecto de los cárteles, otras restricciones horizontales graves y otros acuerdos anticompetitivos en concursos públicos (*bid-rigging*) parece aconsejable establecer un sistema de «perdón» al delator. Hay quien plantea, incluso, la posibilidad de premiar al delator, dándole un porcentaje de la cantidad que se imponga y recaude a través de la multa⁶⁴.

El Libro Blanco propone la introducción de un sistema de clemencia que, siguiendo los modelos con más experiencia y que han venido depurándose a lo largo del tiempo⁶⁵, conduzca a un aumento en el número de expedientes sancionadores por infracción de las prohibiciones establecidas en la LDC⁶⁶. A efectos prácticos, para incrementar la eficacia de los programas de clemencia es aconsejable dotar de cierta autonomía a la unidad administrativa encargada de la gestión de estos programas, pues ello favorece el adecuado control de la información y confidencialidad, aumentando la eficacia y éxito del programa (como ocurre, por ejemplo, en la *Nederlandsse Mededinginsautoriteit*).

Finalmente, conviene, por último, en la medida en que se mantengan (o incluso se agraven) las multas respecto de los directivos y administradores de la sociedad infractora (véase *infra* § 3.4), que el programa de clemencia les beneficie también a ellos. La eficacia de los programas cor-

⁶³ Las disposiciones de la *Enterprise Act de 2002* entraron en vigor el 20 de junio de 2003, e introducen una sanción penal por ofensas de cartel duro (*hard core cartel offences*) con penas de prisión de hasta cinco años y la inhabilitación de los administradores para la asunción de funciones de administración de sociedades y empresas hasta quince años por infracciones que cometa del Derecho de defensa de la competencia.

⁶⁴ Ver W. E. KOVACIC, «Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants' to Reveal Cartels», *George Washington Law Review*, 69 (2001), pp. 766-797.

⁶⁵ Ver Comisión Europea, *Comunicación de Clemencia*, 2002, y *Principles for Leniency Programmes of the European Competition Authorities*, Dublín, 3 y 4 de septiembre de 2001.

⁶⁶ Libro Blanco, §§ 138-139.

porativos de clemencia que no incluyen a los individuos ha sido más reducida o casi inexistente (por ejemplo, Irlanda o Alemania).

C. EL CÁLCULO DEL IMPORTE DE LAS MULTAS

El establecimiento de un sistema que haga previsible y transparente el cálculo y el importe de las multas parece una medida necesaria para garantizar la eficacia disuasoria de las prohibiciones de prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido, el régimen del art. 10 de la LDC es susceptible de importantes mejoras.

La situación actual infringe probablemente el principio general en materia de Derecho sancionador contenido en el art. 131.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de que la sanción debe evitar que al infractor le compense la comisión de la infracción. La falta de proporcionalidad es manifiesta.

Por ello, parece aconsejable establecer una graduación de las infracciones, con una fijación de un importe básico de la multa, a multiplicar por diferentes coeficientes (variables) en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, modulado con las atenuantes y agravantes que procedan⁶⁷. El marco sancionador básico debe contenerse en la Ley, aunque los parámetros legales deben concretarse y detallarse en directrices desarrolladas por el CNDC. Las directrices proporcionan información a los potenciales infractores, así como a las propias autoridades encargadas de la investigación, que pueden conocer de antemano cuáles son los datos y las variables económicas que se tendrán en cuenta para calcular el importe de la sanción.

D. LAS SANCIONES INDIVIDUALES A LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE LAS ENTIDADES INFRACTORAS

La imposibilidad de sancionar de manera óptima (en atención a la función disuasoria) a las empresas implicadas en la conducta restrictiva de la competencia ha llevado a que casi todos los sistemas de defensa de la competencia prevean sanciones penales y/o administrativas para sus

⁶⁷ Ver un posible modelo en las directrices de la autoridad holandesa, *Nederlandsse Mededingingsautoriteit (NMA), Guidelines for the Setting of Fines in relation to the imposition of fines in accordance with Section 57 of the Competition Act* (disponible en www.nma-org.nl). También Comisión Europea, *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (DOCE, C 9, de 14 de enero de 1998, pp. 3-5)*. Finalmente, *Director General of Fair Trading's Guidance As to the Appropriate Amount of a Penalty* (disponible en www.ofi.gov.uk) y *Federal Sentencing Guidelines for Antitrust Offences* (disponible en www.usdoj.gov).

administradores y directivos. La OCDE ha subrayado la necesidad de este instrumento para garantizar una adecuada fuerza disuasoria de las normas de defensa de la competencia⁶⁸, aunque también ha puesto de relieve su posible ineficacia cuando las sanciones son meramente pecuniarias o de suspensión para el ejercicio de sus funciones⁶⁹.

E. LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR Y MOTIVAR LAS SANCIONES

La exigencia de motivación y fundamentación de las resoluciones a través de las cuales se imponen multas deriva en última instancia del derecho constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24) y de los principios constitucionales en materia de Derecho sancionador (art. 25).

Si se impone la motivación de todo pronunciamiento judicial y de todo administrativo, motivos de mayor peso obligan a que se fundamenten adecuadamente las resoluciones sancionadoras⁷⁰. Las resoluciones sancionadoras del TDC han sido deficitarias en la motivación de las circunstancias tenidas en cuenta para el cálculo de las sanciones, aunque ello no ha obstado para que en muchos casos superasen los controles judiciales. Probablemente la situación se explica, en gran parte, por la imprecisión del marco que proporciona el art. 10 de la LDC. Por ello, el establecimiento de un sistema de cálculo de las sanciones graduado en atención a la gravedad de las infracciones, que se construya sobre la cifra de negocios del infractor en el mercado afectado, con coeficientes multiplicadores claros y específicos en función de las circunstancias agravantes, facilita enormemente la motivación de la sanción, al reducir de manera considerable la discreción del CNDC.

5. LOS REMEDIOS PRIVADOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LAS ACCIONES CIVILES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS

Mediante la aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia el Libro Blanco introduce una de las principales novedades del nuevo sistema. En efecto, la aplicación privada se configura, junto con la modifi-

⁶⁸ Ver OCDE, *Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C (98) 35/FINAL; *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels under National Competition Laws*, DAFFE/COMP (2002) 7, y *Second Report of the Competition Committee Action Against Hard Core Cartels*, DAFFE/COMP (2003) 2 (disponibles en www.ocde.org).

⁶⁹ *Cartels : Sanctions Against Individuals, Series Roundtables on Competition Policy*, 49, DAF/COMP (2004) 49, *passim* (en la medida que la empresa resarza al administrador o directivo de los costes que la sanción individual supone).

⁷⁰ Ver los arts. 54, 89 y 139.1 de la LRJPAC y 20 del Real Decreto 1398/1999, de 4 de agosto, de reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

cación del sistema institucional, como un cambio revolucionario que ha de extender la aplicación de las normas de defensa de la competencia⁷¹. El fenómeno se observa también en otros países europeos, y también la Comisión Europea pretende que éste sea un instrumento relevante para la aplicación de los arts, 81 y 82 del Tratado CE. No obstante, la promoción de una mayor «aplicación privada» exige una reflexión previa sobre los objetivos de la misma y su adecuación al actual sistema español. En particular deben analizarse las reglas de legitimación y la posible extensión expresa en este ámbito de las acciones colectivas que nuestro ordenamiento prevé en otras materias, fuera de las previsiones generales contenidas en la LOPJ.

En efecto, abrir las vías a las acciones civiles de reclamación de daños no debe significar confiar en ellas la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Los sistemas europeos y el español se han caracterizado tradicionalmente por la existencia de un modelo administrativo especializado de detección y sanción de las infracciones y la implantación de los mecanismos privados de aplicación de manera análoga a los Estados Unidos de Norteamérica, pudiendo plantear problemas de coordinación con las autoridades administrativas e incrementar los costes de transacción⁷².

En cualquier caso, los actuales obstáculos legales a las reclamaciones civiles de daños derivados de conductas restrictivas de la competencia deben desaparecer. Como el Libro Blanco propone, debe derogarse el obstáculo que el art. 13.2 de la vigente LDC establece para la interposición de acciones de responsabilidad civil⁷³. Estas acciones deben ser posibles ante la jurisdicción civil en cualquier momento, una vez que se ha producido la práctica restrictiva de la competencia, sin necesidad de mantener la vigente «prejudicialidad» en vía contencioso-administrativa que impide, en la mayor parte de las ocasiones, la obtención de indemnizaciones no extemporáneas (limitando, así, el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados).

La complementariedad de las acciones civiles junto al sistema de aplicación administrativa del Derecho de la competencia permite establecer un doble control frente a las prácticas restrictivas de la competencia, especialmente en aquellos casos en que no hay una afectación directa o sustancial del interés público, en que los afectados por prácticas contrarias a la libre competencia pueden obtener el merecido resarcimiento sin necesidad de invertir recursos públicos en el procedimiento (incrementando, por tanto, la eficiencia del sistema de defensa de la competencia).

⁷¹ Libro Blanco, §§ 88-89.

⁷² Ver W. J. WILS, «Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?», *World Competition*, 26/3 (2003), pp. 473-488. Reconocida por la propia abogacía norteamericana (ver ABA, Section of Antitrust Laws, *The State of Federal Antitrust Enforcement-2001*, 5). Sin embargo, ver también C. A. JONES, «Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», *World Competition*, 27/1 (2004), pp. 13-24.

⁷³ Libro Blanco, § 89. BERENGER, *Documento de Trabajo* 54/2004, Fundación Alternativas, p. 28 (que, estableciendo una solución a la americana, incluso propone que el perjudicado reciba el doble de los daños y perjuicios).

PRINCIPIOS DE TRIBUTACIÓN APLICADOS
EN LA JURISPRUDENCIA DEL AIDA
SOBRE EL ASUNTO SUTICABLE

LUIS DE CORTÉS BARRA

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS
DE RESOLUCIONES
Y SENTENCIAS

INTRODUCCIÓN

El presente comentario tiene por objeto el análisis de la doctrina de la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de tributos, en el caso SUTICABLE, que se trata de un caso de aplicación de los principios de tributación en el ámbito de la jurisdicción del AIDA. El caso SUTICABLE se trata de un caso de aplicación de los principios de tributación en el ámbito de la jurisdicción del AIDA.

El presente comentario tiene por objeto el análisis de la doctrina de la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de tributos, en el caso SUTICABLE, que se trata de un caso de aplicación de los principios de tributación en el ámbito de la jurisdicción del AIDA. El caso SUTICABLE se trata de un caso de aplicación de los principios de tributación en el ámbito de la jurisdicción del AIDA.

La doctrina de la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de tributos, en el caso SUTICABLE, que se trata de un caso de aplicación de los principios de tributación en el ámbito de la jurisdicción del AIDA. El caso SUTICABLE se trata de un caso de aplicación de los principios de tributación en el ámbito de la jurisdicción del AIDA.

PRINCIPIOS DOCTRINALES ASUMIDOS EN LA JURISPRUDENCIA RECAÍDA SOBRE EL ASUNTO SOGECABLE

Lourdes CUEVAS RIAÑO

Subdirección General de Concentraciones

Dirección General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El llamado asunto Sogecable, relativo a la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite (Vía Digital) en Sogecable, ha sido un caso poco pacífico, como se infiere de las diferentes controversias suscitadas no sólo en el ámbito del Derecho público, sino también del Derecho privado. Y no sólo a nivel nacional, sino también comunitario.

En efecto, el procedimiento administrativo iniciado el 3 de julio de 2002 con la notificación de la operación a la Comisión Europea y culminado con dos Acuerdos de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 por los que se autorizaba la operación subordinada a condiciones ha sido cuestionado en sucesivas ocasiones ante los tribunales comunitarios y los nacionales. Asimismo, tras la ejecución del acuerdo de integración se han planteado algunos conflictos entre Sogecable y otros operadores en el ámbito del Derecho privado que han dado lugar a diversos laudos arbitrales de la Comisión del mercado de las telecomunicaciones.

La complejidad del caso, el dinamismo de los mercados sujetos a una constante evolución tecnológica, la prolija información disponible y la existencia de numerosas condiciones alternativas susceptibles de ser impuestas a las partes en la operación son sólo algunos de los factores que han contribuido al origen de los conflictos. Sirva como prueba el hecho de que frente a la insuficiencia e ineficacia de las condiciones impuestas alegada por algunas recurrentes en los procedimientos nacionales, otros operadores, como la propia Sogecable, han recurrido los Acuerdos de Consejo de Ministros por su excesiva dureza.

Este artículo se va a centrar en los diversos conflictos planteados en el ámbito del Derecho público, dado que los laudos arbitrales resuelven conflictos entre partes cuya información no se encuentra disponible por su confidencialidad. Así, analizará los principios doctrinales asumidos en las diversas sentencias y autos dictados relevantes desde el punto de vista del control de concentraciones.

El artículo se inicia haciendo una breve exposición de los principales hechos acaecidos a lo largo del procedimiento administrativo que culminó con la adopción de los Acuerdos de Consejo de Ministros anteriormente citados.

A continuación analiza los conflictos planteados en la esfera comunitaria y las decisiones adoptadas por el Tribunal de Primera Instancia, destacando los elementos significativos a los efectos del control de concentraciones y, en particular, de la remisión de operaciones de dimensión comunitaria a las autoridades nacionales de un Estado miembro.

Finalmente, destaca los principios asumidos por el Tribunal Supremo en las sentencias recaídas sobre los recursos nacionales.

En anexo se presentan las condiciones propuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia para la autorización de la operación y las condiciones impuestas en los dos Acuerdos de Consejo de Ministros.

2. CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS

El 3 de julio de 2002 fue notificada a la Comisión Europea la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite (Vía Digital) en Sogecable, conforme al art. 19 del Reglamento (CEE) núm. 4064/89, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (el Reglamento).

Tras el análisis realizado, las autoridades españolas consideraron que la operación de concentración notificada amenazaba con crear o reforzar una posición de dominio directa y principalmente en el mercado de la TV de pago en España, que presentaba todas las características de un mercado definido. Como resultado de la misma se produciría una obstaculización significativa de la competencia efectiva al reforzarse el primer operador y desaparecer el segundo, principal fuente de competencia potencial para Sogecable aparte de los operadores de cable, en un mercado caracterizado por un elevado grado de concentración e importantes barreras a la entrada.

En segundo lugar, las autoridades españolas consideraron preciso valorar en qué medida la operación podría obstaculizar la competencia efectiva mediante la creación o refuerzo de una posición de dominio en determinados mercados verticalmente relacionados o próximos, así como

en mercados de telecomunicaciones crecientemente vinculados a la TV de pago en los que Telefónica tenía una posición importante. En principio, estos mercados serían los siguientes: derechos de retransmisión, edición y comercialización de canales temáticos, servicios técnicos para la televisión de pago, licencias de *software*, servicios administrativos, televisión en abierto, producción y comercialización de obras audiovisuales, producción y distribución cinematográfica, servicios portadores de la señal, capacidad satelital, telefonía fija y transmisión de datos, acceso a internet y portales.

Las autoridades españolas, estimando, en suma, que se cumplía lo previsto en la letra a) del apartado 2 del art. 9 del Reglamento, solicitaron a la Comisión Europea el reenvío del caso con el fin de que se aplicase la legislación nacional de defensa de la competencia.

El 16 de agosto de 2002 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) decisión de la Comisión Europea de 14 de agosto remitiendo el caso a las autoridades españolas en virtud de lo estipulado en el art. 9.4 del Reglamento.

En su decisión, la Comisión hizo un análisis preliminar de los mercados pertinentes y consideró que, tras la oportuna investigación de mercado, la amenaza de creación o reforzamiento de una posición de dominio en algunos de estos mercados podía ser descartada. Por ello, centró su análisis en los mercados de televisión de pago, adquisición de derechos sobre películas de estreno de mayor éxito en primera y segunda ventana, adquisición y reventa de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos en los que participan equipos españoles que se celebran regularmente durante el año y todos los años, adquisición de derechos sobre otros acontecimientos deportivos y otros espectáculos, producción y comercialización de canales, acceso a internet, telefonía fija y otros mercados de telecomunicaciones, mercados nacionales en los que sí se creaba o reforzaba una posición de dominio.

La Comisión estimó, en sus conclusiones, que las autoridades españolas disponían de suficientes medios y estaban en condiciones de llevar a cabo una investigación en profundidad de la operación, en particular atendiendo al carácter nacional de los mercados en los que la operación amenazaba con crear o reforzar una posición de dominio.

Y concluyó que en el presente caso se cumplían las condiciones para la remisión establecidas en el art. 9 del Reglamento de Concentraciones, por lo que resultaba apropiado, en ejercicio de la discreción que le atribuye el Reglamento de Concentraciones, dar cumplimiento a la solicitud cursada por las autoridades españolas y remitirles el caso a fin de que se aplicara la legislación española en materia de competencia.

Con fecha 13 de septiembre de 2002, el vicepresidente segundo del Gobierno y ministro de Economía resolvió remitir el expediente al Tribu-

nal de Defensa de la Competencia en consideración a una posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en aplicación de lo dispuesto en el art. 15 bis.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

El 13 de noviembre de 2002, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió el correspondiente dictamen preceptivo y concluyó que la operación notificada podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de la televisión de pago y demás mercados afectados, por lo que su autorización debía subordinarse al cumplimiento de determinadas condiciones, que quedan recogidas en el Anexo 1.

El 29 de noviembre de 2002, el Consejo de Ministros acordó, conforme a lo dispuesto en la letra *b*) del apartado 1 del art. 17 de la LDC, autorizar la operación de concentración subordinándola a la observancia de determinadas condiciones. La autorización se materializó en dos Acuerdos. En el primero, la aprobación se subordinó al cumplimiento de 24 condiciones y en el segundo, relativo al mercado de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos, la autorización se vinculó al cumplimiento de diez condiciones más. En el Anexo 2 quedan recogidas las condiciones impuestas en ambos Acuerdos.

3. LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

A. LA DECISIÓN DE REMISIÓN

El 22 de noviembre de 2002, varios operadores de cable presentaron ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) de las Comunidades Europeas dos recursos contra la Decisión de reenvío de la Comisión Europea. El primero fue presentado por Cableuropa y otros operadores que operan bajo la marca ONO¹ (T-346/02) y el segundo por Aunacable y otros (T-347/02)².

Las demandantes invocaron en sus recursos la infracción del art. 9 del Reglamento, la violación del principio de buena administración y la violación del art. 253 del Tratado de la UE con base, entre otros, en los siguientes argumentos:

- Para calificar un mercado como «definido» en el sentido del art. 9.2 del Reglamento no basta con que los mercados geográficos pertinentes sean nacionales;
- la Comisión sólo puede remitir un expediente a un Estado miembro en casos excepcionales;

¹ Cableuropa, S. A.; Región de Murcia de Cable, S. A.; Valencia de Cable, S. A.; Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S. A.; Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S. A.

² Aunacable SAU, Retecal, Euskaltel, Telecable de Avilés, Telecable de Oviedo, Telecable de Gijón, R Cable y Telecomunicaciones Galicia y Tenaria.

- la Comisión no ha tenido en cuenta la política uniforme y constante establecida por ella misma a lo largo de los años;
- sólo la Comisión puede garantizar que concentraciones similares se traten de igual forma en todos los Estados miembros;
- la Comisión se encontraba mejor situada para examinar la concentración;
- la aplicación del Derecho nacional supone un riesgo para la uniformidad de la política desarrollada hasta el momento por la Comisión en los mercados considerados.

Mediante Sentencia de 30 de septiembre de 2003, el TPI acumuló ambos asuntos a efectos de la sentencia y desestimó los dos recursos.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia y, en particular, del control de concentraciones, la sentencia consolida algunos principios relevantes que son dignos de destacar.

a) *Sobre los mercados definidos*

El TPI consideró que para que una operación de concentración de dimensión comunitaria pueda remitirse a un Estado miembro conforme al art. 9 del Reglamento deben cumplirse dos condiciones acumulativas. Por una parte, la operación debe amenazar con crear o reforzar una posición dominante de la que resulte que una competencia efectiva se vea obstaculizada de manera significativa en un mercado en el interior del Estado miembro de que se trate. Por otra parte, ese mercado ha de presentar todas las características de un mercado definido.

Las demandantes no negaron el cumplimiento de la primera condición, pero sí el de la segunda. Sostuvieron en el procedimiento que para que un mercado nacional pudiera considerarse un mercado definido en el sentido del art. 9.2 del Reglamento era necesario que se distinguiera de otros mercados no sólo por constituir un mercado geográficamente separado, sino también por presentar una estructura de la competencia que difiriese de la existente en otros Estados miembros.

El TPI, sin embargo, no admitió tal interpretación. Así, indicó que del propio art. 9.3 del Reglamento se desprende que «*la Comisión debe determinar el carácter definido de un mercado sobre la base, en primer lugar, de una definición del mercado de los productos o servicios de que se trate y, en segundo lugar, de una definición del mercado geográfico de referencia en el sentido de su apartado 7*» (párrafo 114).

El TPI estimó que, conforme a lo dispuesto en el art. 9.7, el mercado geográfico que debe tomarse en consideración está constituido por un territorio sobre el que las empresas en cuestión intervienen en la oferta y la demanda de bienes y servicios, en el que las condiciones de competen-

cia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de los territorios vecinos por presentar condiciones de competencia notablemente diferentes de las de dichos territorios. En esta apreciación conviene tener en cuenta, en particular, la naturaleza y características de los productos afectados, la existencia de barreras a la entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias considerables de cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precios sustanciales (párrafo 115).

El TPI consideró, asimismo, que no era relevante determinar si algunos elementos estructurales de los mercados de que se trataba se encontraban también presentes en otros mercados geográficos. Bastaba con que se demostrara que las condiciones de competencia no eran suficientemente homogéneas y que, en particular, las preferencias de los consumidores y ciertas barreras a la entrada circunscribieran un determinado mercado al territorio de un Estado miembro (párrafo 117).

El TPI interpretó, en consecuencia, que la definición geográfica de los mercados es el elemento relevante para constatar la existencia de mercados definidos. En coherencia con ello, el TPI analizó la definición geográfica de los mercados realizada por la Comisión en su decisión de remisión y concluyó que la Comisión había considerado acertadamente que los mercados de producto pertinentes constituían mercados definidos de dimensión española (párrafo 156).

b) *Sobre la discrecionalidad de la Comisión*

Sobre este asunto, el TPI consideró que, conforme a lo previsto en el art. 9.3 del Reglamento, la Comisión no está obligada a remitir el examen de la concentración a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, sino que puede elegir entre tratar ella misma el asunto o remitirlo. El TPI reconoció que la Comisión posee una amplia facultad de apreciación que tiene, no obstante, sus límites y citó, en particular, las provisiones establecidas en el art. 9.3.a) del Reglamento («... *a fin de preservar o restablecer una competencia efectiva en el mercado en cuestión*») y el art. 9.8 («... *el Estado miembro sólo podrá tomar las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el mercado en cuestión*») (párrafos 173-174)³.

El TPI estimó que el poder del juez comunitario se encontraba limitado a la cuestión de si la Comisión podía considerar, sin incurrir en un error manifiesto de apreciación, que la remisión a las autoridades nacionales permitía preservar o restablecer una competencia efectiva en los mercados en cuestión.

³ Este criterio había sido utilizado también en la Sentencia del TPI de 3 de abril de 2003, en el asunto T-119/02, Royal Philips Electronics/Comisión (párrafos 342-343).

El TPI consideró que debía observarse si el Estado miembro dispone de una legislación específica sobre control de concentraciones, así como de órganos especializados para garantizar su aplicación, supeditada al control de los órganos jurisdiccionales nacionales. Asimismo, el TPI añadió que, como sostenía la Comisión, había que admitir que las autoridades nacionales de defensa de la competencia suelen contar, cuando menos, con los mismos recursos que la Comisión para examinar las concentraciones con una dimensión exclusivamente nacional, gracias a su conocimiento directo tanto de los mercados afectados, de los operadores participantes en la operación y de los terceros, como de la normativa aplicable (párrafos 177-178).

c) *Sobre la excepcionalidad de los reenvíos*

Las demandantes habían argumentado durante el procedimiento que la Comisión sólo puede remitir un expediente a las autoridades nacionales en casos excepcionales, limitándose la aplicación del art. 9 del Reglamento a los casos en que los intereses en materia de competencia del Estado miembro de que se trata no puedan protegerse eficazmente de ningún otro modo.

El TPI indicó que era cierto que, como alegaban las demandantes, el legislador comunitario pretendía, con la adopción del Reglamento en 1989, que la remisión fuera excepcional cuando los mercados de referencia cubrieran una parte sustancial del mercado común. El TPI consideró que este principio continuaba vigente tras la reforma del Reglamento en 1997. Las modificaciones introducidas en esta reforma afectaban básicamente al art. 9.2.b) pero no al a). El TPI recordó que en el Libro Verde que precedió a la modificación de 1997, la propia Comisión recomendaba que cualquier modificación del art. 9 debería limitarse de tal modo que se evitara poner en peligro el frágil equilibrio en materia de remisión y anular las ventajas del principio de autoridad única, e indicaba que un uso demasiado frecuente del art. 9 podría reducir la seguridad jurídica de las empresas y no es concebible sin una armonización de los principios que caracterizan a los sistemas nacionales de control de concentraciones (párrafos 182-183).

El TPI consideró que la excepcionalidad de la remisión estaba en gran medida relacionada con el principio de autoridad única que subyace al Reglamento y que garantiza que, en principio, una operación de concentración de dimensión comunitaria será examinada por una única autoridad de defensa de la competencia (párrafo 185).

Ahora bien, el TPI consideró, no obstante, necesario hacer constar que este principio no se veía comprometido en este caso, puesto que todos los mercados afectados eran de dimensión nacional y sólo las autoridades de

un Estado miembro, tras haberseles remitido el asunto, debían examinar la concentración desde el punto de vista del Derecho nacional en materia de competencia (párrafo 186).

d) *Sobre el desvío de la práctica decisoria de la Comisión*

En sus escritos de demanda, los operadores de cable habían indicado que, con respecto a la televisión de pago, la Comisión había denegado en casos anteriores las solicitudes de remisión formuladas por otras autoridades nacionales de defensa de la competencia. Asimismo, manifestaron que la Comisión había prohibido sistemáticamente concentraciones de dimensión comunitaria cuando implicaban la exclusión de competidores, lo que podría ocurrir en este caso. Les preocupaba, en esencia, el riesgo de que se quebrara la uniformidad de la política de la Comisión en materia de concentraciones debido a una decisión nacional divergente y a otros hechos como el relativo al análisis de la operación Newscorp/Telepiu⁴ del que, por entonces, ya tenía conocimiento la Comisión.

Sobre la denegación de la remisión en casos parecidos, estimó el TPI que el mero hecho de que la Comisión hubiera denegado en el pasado la remisión de algún que otro asunto a las autoridades nacionales no le impedía efectuar una remisión en un asunto que le fuera notificado posteriormente en distintas circunstancias de mercado o de competencia (párrafo 189).

Y añadió que *«el hecho de que la Comisión haya decidido en un sector concreto examinar por sí misma la operación y haya prohibido en el pasado determinadas operaciones de concentración no puede en absoluto prejuzgar la remisión o el examen de una operación de concentración posterior, dado que la Comisión ha de efectuar un análisis individual de cada una de las operaciones notificadas en función de las características propias de cada asunto, sin encontrarse vinculada por decisiones anteriores que afectan a otros operadores económicos, a otros mercados de productos y servicios o a otros mercados geográficos en distintos períodos de tiempo. Por los mismos motivos, las decisiones anteriores de la Comisión relativas a operaciones de concentración en un sector concreto no pueden prejuzgar la decisión que dicha institución haya de adoptar cuando las autoridades nacionales solicitan que se les remita el examen de una operación de concentración que tenga lugar en el mismo sector»* (párrafo 191).

Respecto de la quiebra de la uniformidad de la política de competencia de la Comisión en materia de concentraciones cuando se remite un caso a las autoridades nacionales, estimó el TPI que, en efecto, el riesgo de que las autoridades nacionales tomen, en un asunto remitido, una decisión

⁴ Caso COMP/M.2876, Newscorp/Telepiu.

sobre una concentración en un sector concreto que no se ajuste totalmente a las soluciones adoptadas por la propia Comisión en su práctica decisoria es inherente al propio sistema de remisión previsto en el art. 9 del Reglamento (párrafo 197).

La remisión implica, en efecto, que una operación de dimensión comunitaria se valore conforme a un régimen distinto del que se aplica al resto de operaciones no remitidas, ya que la Comisión está obligada a examinar las concentraciones únicamente a la luz del Reglamento, mientras que las concentraciones remitidas a las autoridades nacionales se analizan desde el punto de vista del Derecho nacional en materia de competencia (párrafo 197).

Es más, la posibilidad de remisión parcial prevista en el art. 9.3, párrafo primero, *b*), del Reglamento, implica *a fortiori* que distintas autoridades puedan tratar de un mismo asunto en su respectiva jurisdicción, lo que puede dar lugar a situaciones cuando menos paradójicas. Esto es lo que ocurrió con la operación de concentración de dimensión comunitaria consistente en la adquisición por parte de la empresa francesa SEB de ciertos activos de la también sociedad francesa Moulinex en el sector del pequeño electrodoméstico⁵.

Esta operación fue notificada a la Comisión Europea el 13 de noviembre de 2001. El 8 de enero de 2002 fue autorizada en primera fase tras la presentación de compromisos por parte de las empresas partícipes en la misma. Sin embargo, estos compromisos tenían efectos en sólo nueve de los entonces quince Estados miembros de la Unión Europea. En cinco⁶ Estados miembros, la Comisión no había detectado problemas de competencia y en otro Estado miembro, Francia, la Comisión se abstuvo de realizar el análisis pertinente ante la solicitud de remisión parcial realizada por las autoridades de competencia francesas y atendida mediante decisión de la misma fecha.

Ambas decisiones fueron recurridas ante el TPI por la empresa Royal Philips Electronics y la decisión de autorización fue recurrida también por la empresa Babyliiss. Mediante sendas Sentencias de 3 de abril de 2003⁷, el TPI desestimó la demanda de Philips y estimó la de Babyliiss invalidando la decisión de autorización de la Comisión en relación con los cinco Estados miembros en los que se había autorizado sin compromisos y le instó a realizar una nueva valoración. Ante la existencia de serias dudas sobre la compatibilidad de la operación con el mercado común, el 23 de mayo de 2003 la Comisión incoó procedimiento formal. Finalmente, mediante Decisión de 11 de noviembre de 2003, la operación se autorizó en los mismos términos que la decisión inicial, sin compromisos adicionales.

⁵ Caso COMP/M.2621, SEB/Moulinex.

⁶ Finlandia, Irlanda, España, Italia y Reino Unido.

⁷ Asuntos T-114/02, Babyliiss/Comisión, y T-119/02, Royal Philips Electronics/Comisión.

En cuanto a la decisión de remisión parcial, aunque la Comisión insistió en la imposibilidad de aplicar la teoría de la empresa en quiebra, las autoridades francesas finalmente aprobaron⁸ la operación precisamente sobre la base de esta teoría. Esta decisión fue recurrida y anulada por el *Conseil d'Etat* francés⁹ por considerar que el ministro no demostró el cumplimiento de una de las tres condiciones necesarias consolidadas por la jurisprudencia comunitaria para que se pudiera aplicar el principio de la empresa en quiebra. El *Conseil de la Concurrence* se vio obligado a adoptar un nuevo acto¹⁰ en el que se autorizó la operación sobre la base de la evolución de las cuotas de mercado de las partes, la evolución de los precios de venta a los consumidores, la situación de los competidores y el comportamiento de los distribuidores.

En síntesis, la operación SEB/Moulinex fue autorizada en todos los Estados miembros. En nueve, con compromisos y en seis, sin ellos. Esta fragmentación de mercados ya fue contemplada por el TPI en la propia sentencia sobre el caso¹¹. En particular, el TPI indicó que el hecho de que se produzca fragmentación de mercados es indeseable a la vista del principio de uniformidad (*one-stop-shop*) establecido en el Reglamento, pero es, al mismo tiempo, inherente al sistema establecido en el propio Reglamento y no compete al TPI en este procedimiento actuar en lugar del legislador para arreglar los problemas que el Reglamento pueda plantear (párrafos 350-356).

e) Conclusiones

De la lectura de las sentencias del TPI tanto en el caso Sogecable como en el caso Philips/Comisión relativas a decisiones de remisión de operaciones de dimensión comunitaria a las autoridades nacionales de acuerdo con lo previsto en el art. 9.2.a) del Reglamento se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Las condiciones necesarias para que una operación de dimensión comunitaria pueda remitirse a un Estado miembro son dos: (i) que la operación amenace con crear o reforzar una posición de dominio en un mercado en el interior de ese Estado miembro e (ii) que ese mercado presente todas las características de un mercado definido.
- La definición geográfica de los mercados es el elemento relevante para constatar la existencia de mercados definidos.
- La Comisión tiene una amplia facultad de apreciación aunque limitada. El juez comunitario se debe limitar a valorar si la Comisión ha incurrido en error manifiesto de apreciación.

⁸ Mediante decisión del Ministro de Economía de 5 de julio de 2002.

⁹ Mediante Sentencia de 6 de febrero de 2004.

¹⁰ Decisión de 28 de julio de 2004.

¹¹ Asunto T-119/02.

- La Comisión debe analizar cada caso en función de las características propias del mismo sin encontrarse vinculada por decisiones anteriores.
- Una vez remitido un caso a las autoridades nacionales, se debe analizar de acuerdo con la legislación nacional con la única limitación del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9.8 del Reglamento.
- La excepcionalidad debe regir el sistema de reenvíos.

B. LA DECISIÓN DE ARCHIVO DE LA DENUNCIA DE INCUMPLIMIENTO POR EL REINO DE ESPAÑA DEL ART. 9.8 DEL REGLAMENTO

El 22 de abril de 2003, varios operadores de cable¹² denunciaron ante la Comisión el incumplimiento por el Reino de España de lo dispuesto en el art. 9.8 del Reglamento y le instaban a que ordenase a las autoridades españolas, en virtud del art. 10 del Tratado CE y del art. 9.8 del Reglamento, modificar de inmediato las condiciones adoptadas y, en caso de negativa, que interpusiese un recurso contra el Reino de España con arreglo al art. 226 del Tratado CE. La denuncia se basaba esencialmente en que las condiciones a las que se subordinó la autorización del Consejo de Ministros no eran capaces de mantener la competencia efectiva en el sector afectado.

Ante el archivo de la denuncia por parte de la Comisión mediante Decisión de 21 de octubre de 2003, los denunciados plantearon el 31 de diciembre del mismo año un recurso¹³ ante el TPI en el que solicitaron la anulación de la decisión anterior¹⁴. Este recurso fue declarado inadmisibile mediante Auto del TPI de 25 de mayo de 2005.

En su Auto, el TPI indicó que el asunto se refería a una operación de concentración de dimensión comunitaria, cuya remisión a las autoridades españolas ya era definitiva al no haberse interpuesto recurso de casación contra la Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003. El TPI se mostró de acuerdo con las demandantes en que la aplicación del Derecho nacional no significa que el Estado miembro quede exento de la obligación de respetar el Derecho comunitario y en que corresponde a la Comisión controlar el cumplimiento de esta obligación por parte de las autoridades nacionales.

Sin embargo, el Tribunal indicó que si bien el art. 9.8 del Reglamento impone una obligación al Estado miembro, ni los Tratados ni el Derecho derivado establecen un medio especial de control que deba ejercer la Comisión. El art. 226 dispone, en efecto, que, si las autoridades naciona-

¹² Retecal Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S. A.; Euskaltel, S. A.; Telecable de Asturias, S. A.; R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S. A., y Tenaria, S. A.

¹³ Publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 6 de marzo de 2004 (serie C, núm. 59).

¹⁴ Asunto T-443/03.

les incumplen sus obligaciones, la Comisión puede iniciar un procedimiento ante el Tribunal de Justicia pero no tiene obligación de hacerlo.

Respecto de los particulares, el TPI indicó que no están legitimados para recurrir contra la negativa de la Comisión a iniciar un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro. Y, citando la Sentencia de 30 de septiembre (párrafo 198), añadió que los particulares, si no están conformes, disponen de la posibilidad de impugnar la decisión adoptada tras la remisión por las autoridades mediante los recursos internos previstos en el Derecho nacional. Dado que las demandantes efectivamente recurrieron los Acuerdos de Consejo de Ministros, el TPI estimó que no podían alegar que su tutela judicial no estuviera garantizada.

De la lectura de este auto se infiere lo siguiente:

- La remisión de un caso a un Estado miembro no le exime del cumplimiento del Derecho comunitario.
- Compete a la Comisión vigilar el cumplimiento de esta obligación. Si las autoridades nacionales incumplen sus obligaciones, la Comisión puede iniciar un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de acuerdo con lo previsto en el art. 226 del Tratado CE, pero no tiene obligación de hacerlo.
- Los particulares disponen de los recursos internos previstos en el Derecho nacional.

4. LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL ÁMBITO NACIONAL

La autorización de la operación de concentración por las autoridades españolas tampoco estuvo exenta de polémica. Tras la adopción de los dos Acuerdos de Consejo de Ministros (ACM) de 29 de noviembre de 2002, se presentaron ocho recursos contencioso-administrativos de anulación, total o parcial, ante el Tribunal Supremo (TS):

- Recurso núm. 2/32/2003, presentado por Sogecable, s. A.; Telefónica, s. A., y Distribuidora de Televisión Digital, s. A. (Vía Digital). Solicitaron la anulación de las condiciones primera (segundo párrafo), decimotercera, decimoctava y decimonovena del ACM relativo a condiciones distintas del fútbol.
- Recurso núm. 2/33/2003, presentado por Gestevisión Telecinco, s. A. Solicitó la anulación total de los dos ACM.
- Recurso núm. 2/34/2003, presentado por Media Park, s. A. Solicitó la nulidad del ACM relativo a condiciones distintas del fútbol. Este recurso fue posteriormente retirado.
- Recurso núm. 2/37/2003, presentado por Cableuropa; SAU; Valencia de Cable, s. A.; Sistemas de Cable, s. A., y Región de Murcia de Cable, s. A. Solicitaron la anulación total de los dos ACM.

- Recurso núm. 2/38/2003, presentado por AUNA Telecomunicaciones, s. A. Solicitaron la anulación total de los dos ACM.
- Recurso núm. 2/39/2003, presentado por Telecable de Asturias, s. A.; R Cable y Telecomunicaciones Galicia, s. A.; R Cable y Telecomunicaciones Coruña, s. A.; Retecal Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, s. A.; Tenaria, s. A., y Euskaltel, s. A. Solicitaron la anulación total de los dos ACM.
- Recurso núm. 2/64/2003, presentado por Buenavista International Inc. Solicitó la nulidad de las condiciones cuarta, quinta y sexta del ACM relativo a condiciones distintas del fútbol.
- Recurso núm. 2/65/2003, presentado por The Walt Disney Company. Solicitó la nulidad de las condiciones cuarta, quinta y sexta del ACM relativo a condiciones distintas del fútbol. Estos dos últimos recursos han sido acumulados.

Aunque la variedad de los operadores recurrentes ha dado lugar a un número de quejas difícil de sintetizar, sí se pueden identificar, sin embargo, algunas que se suscitaron a lo largo del procedimiento y que fueron invocadas por varias de las demandantes:

- Vulneración de los arts. 16 y 17 de la LDC por insuficiencia de las condiciones impuestas, incumplimiento de las mismas, mantenimiento del *statu quo* preexistente a la operación de concentración y no eliminación de los problemas de competencia.
- Infracción del art. 9.8 del Reglamento comunitario por insuficiencia de las condiciones impuestas para preservar o restablecer una competencia efectiva en el mercado y por aplicación de la defensa de la empresa en quiebra rechazada por la Comisión en su decisión de reenvío.
- Infracción del art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por falta de motivación de los Acuerdos impugnados.
- Vulneración del principio de igualdad ante la Ley por diferencia de trato entre los «grandes estudios» norteamericanos y otros productores cinematográficos.
- Existencia de vicios de procedimiento que les han causado indefensión. Entre los vicios de procedimiento alegados se encuentran los siguientes: omisión del trámite de audiencia, delegación en el Plan de Actuaciones del alcance definitivo de las condiciones impuestas, adopción de los Acuerdos sin el informe preceptivo de la CMT.

El 7 de noviembre de 2005, el TS dictó sentencias desestimatorias en los recursos 2/32/2003, 2/33/2003, 2/37/2003, 2/64/2003 y 2/65/2003. Posteriormente, el 29 de noviembre de 2005 el TS dictó sentencia, asimismo, desestimatoria en el recurso 2/39/2003. En todas las sentencias citadas, el Tribunal Supremo declaró los actos recurridos conformes a Derecho.

Especialmente ilustrativo del sentir de la Sala es el fundamento de Derecho décimo de las sentencias en los Recursos 2/37/2003 y 2/39/2003 o el fundamento de Derecho noveno en el Recurso 2/33/2003, en los que el TS concluyó que: *«los Acuerdos del Consejo de Ministros impugnados no son irracionales ni arbitrarios, debiendo entenderse que sus facultades discrecionales han sido ejercidas dentro de los criterios normativos tanto nacionales como de Derecho europeo en materia de concentraciones, lo que implica que el recurso ha de desestimarse, tanto en sus pretensiones principales, como subsidiarias, al ser los actos recurridos conformes a Derecho, tanto en sus aspectos procedimentales como materiales, considerando suficientes a los efectos pretendidos las condiciones impuestas, sin que sea necesario ordenar que se sustituyan por otras»*.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia y, en particular, del control de concentraciones, las sentencias consolidan algunos principios relevantes que son dignos de mención.

A. SOBRE LOS ELEMENTOS A VALORAR EN EL MOMENTO DE LA SENTENCIA

A lo largo del procedimiento varias de las demandantes habían alegado el incumplimiento de las condiciones y los conflictos surgidos como motivos de invalidación de los ACM. Sin embargo, en todas las sentencias, el TS indicó que antes de entrar en el examen de las cuestiones suscitadas en los diversos recursos convenía tener en cuenta una serie de presupuestos a los que llegó después del estudio de los datos aportados, informes emitidos y prueba practicada.

En particular, indicó el TS que los razonamientos de la sentencia *«siempre estarán referidos al momento de los actos de autorización que han sido objeto del recurso, aunque, sin duda, dado el dinamismo característico de los mercados afectados por la concentración, hayan podido variar sensiblemente desde aquella fecha hasta el momento presente. Ello significa que los hechos posteriores —plan de actuaciones, recursos entablados con posterioridad, conflictos entre las partes, arbitrajes planteados, etc.— no interferirán en la sentencia, aunque pueden actuar como elementos de prueba que permitan esclarecer alguna de las cuestiones controvertidas. Tampoco cabe tener en cuenta las nuevas normas que se han dictado en la materia, ya que en ningún caso sirven de parámetro de legalidad de los acuerdos, sometidos al principio tempus regit actus»* [fundamento de Derecho (FD) 1.º de la STS núm. 2/33/2003, FD 3.º de la STS núm. 2/64/2003 y FD 1.º de la STS núm. 2/37/2003).

E insistiendo sobre la cuestión de los elementos a considerar añadió: *«Si la ejecución del Acuerdo impugnado, o más concretamente, de las condiciones a que se subordina la aprobación de la concentración, exige unas*

actuaciones u otras es algo que no corresponde ya propiamente al procedimiento administrativo que culmina con la decisión del Consejo de Ministros, sino a momentos posteriores. Difícilmente se podría anular, pues, dicho Acuerdo por razones que atañen a acontecimientos posteriores cuando, además, la pretensión anulatoria se basa en presupuestos (la falta de intervención de los “terceros interesados” en el control del cumplimiento de las condiciones, consecutivo al Plan de Actuaciones) que no derivan necesariamente del referido Acuerdo» (FD 2.º de la STS núm. 2/37/2003).

En consecuencia, dado que los recursos tenían por objeto los ACM, el Tribunal Supremo ha valorado dichos Acuerdos con base en la información y consideraciones realizadas en su momento y no sobre la base de hechos acaecidos con posterioridad al 29 de noviembre de 2002.

Éste es, por otra parte, el principio seguido por el TPI comunitario en la revisión de las decisiones de la Comisión Europea relativas a operaciones de concentración: la legalidad de un acto debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que el acto fue adoptado¹⁵. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha establecido en diversas sentencias el principio de que los actos posteriores a la adopción de una decisión no pueden afectar a la validez de ésta¹⁶.

B. SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

La Ley de Defensa de la Competencia dispone de dos instrumentos para perseguir sus objetivos. Por una parte, el control de concentraciones, de carácter preventivo, cuyo objeto es evitar que los cambios estructurales en los mercados resulten en un deterioro de la competencia efectiva. Por otra parte, frente a este control *ex ante*, existe otro control *ex post* que tiene por objeto perseguir los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas de la competencia, tiene un carácter claramente sancionador de dichas conductas prohibidas y se aplica una vez que las mismas se han producido.

A lo largo del procedimiento, algunas de las demandantes adujeron que el control *ex post* cumpliría suficientemente la finalidad de algunas de las condiciones impuestas en los Acuerdos impugnados. Es cierto que si los mecanismos de control fueran suficientes para eliminar cualquier comportamiento abusivo, es decir, si el riesgo de detección de conductas, las multas y los posibles daños fueran tan elevados como para que las

¹⁵ Entre otras, Sentencias del TPI en los asuntos T-126/1999, KBA Berlin/Comisión; T-730/1979, Phillip Morris/Comisión; T-123/1997, Salomón/Comisión; T-342/99, Airtours/Comisión; C-68/94 y C-30/95, Francia y otros/Comisión (Kali&Saltz); T-102/96, Gencor/Comisión; T-31/99 ABB/Comisión, y la propia sentencia en el recurso presentado contra el reenvío de este mismo expediente T 346/02, Cableuropa y otros/Comisión (en relación con la definición de mercados de referencia).

¹⁶ Sentencias de 8 de noviembre de 1983 (IAZ), de 17 de octubre de 1989 (Dow Chemical Ibérica), de 17 de octubre de 1989 (Dow Benelux) y Auto de 27 de septiembre de 2004 (C-7/04, Akzo Nobel).

empresas no incurrieran en prácticas ilegales, entonces no habría necesidad de un control *ex ante*.

Sin embargo, la realidad demuestra que una buena parte de conductas abusivas no son detectadas y, si lo son, lleva un elevado volumen de recursos tanto en términos de tiempo como de recursos humanos su comprobación. En todo ese período de tiempo es difícil reparar los daños causados ya sea por la vía de multas como por la de compromisos de comportamiento.

Es por ello que las autoridades de competencia de todo el mundo han optado por establecer un mecanismo de control preventivo de cambios en la estructura de los mercados para proteger la eficiencia económica y el interés de los consumidores. Así pues, no resulta aceptable oponerse a una condición sobre la base de que podría existir una vigilancia *ex post*, puesto que ello invalidaría la propia esencia del control de concentraciones.

En esta misma línea, el TS ha constatado en las sentencias dictadas que, en efecto, el control de concentraciones es una institución claramente diferenciada de las prácticas anticompetitivas y del abuso de posición dominante que se persiguen mediante el régimen de sanciones previsto en los arts. 9 y siguientes de la LDC. Por esta razón, el TPI consideró que no tienen fundamento los citados argumentos de las recurrentes, pues ello supondría desconocer la necesidad de una institución que actúa en forma preventiva para evitar los daños que se puedan producir al mercado, y que en la lucha «*anti trust*» ha sido implantada en las economías avanzadas desde la *Sherman Act* de 1890 y la *Clayton Act* de 1914, y que en el entorno europeo encuentra su reflejo en los arts. 85 a 94 del TCE (FD 3.º, IV, de la STS núm. 2/33/2003 y FD 4.º, IV, de la STS núm. 2/37/2003).

Tampoco lo tienen, continuó el TS, los que mantienen la ilegalidad de los acuerdos porque no mejoran el *statu quo* previo a la concentración. La finalidad del control de las concentraciones es la de evitar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración, pero no hacer desaparecer los límites competenciales ya existentes, generados normalmente en beneficio del primer entrante, en compensación a su aventura de crear un mercado cuya potencialidad es ignorada en el momento inicial, y que puede incluso llevarle al fracaso. Bien es verdad que si además se consigue esa mejora, ello no será superfluo, pero en ningún caso podrá tacharse de irregular una condición que no persiga este objetivo, pues lo suyo es evitar que la restricción sea mayor a la existente, y no establecer elementos regulatorios que atenten contra la libertad de mercado cambiando su funcionamiento normal (FD 3.º, IV, de la STS núm. 2/33/2003 y FD 4.º, IV, de la STS núm. 2/37/2003).

En otro momento de su argumentación, el TS fue más allá y consideró que las condiciones impuestas en los Acuerdos recurridos consiguen mantener el *statu quo* existente en el momento de la operación, que es, en definitiva, lo que se exige a la Administración en esta materia por la LDC

(arts. 14 a 17). Pretender ir más allá superaría los límites de las facultades del Gobierno en materia de concentraciones —evitar que se restrinja la competencia— (FD 7.º de la STS núm. 2/39/2003).

C. SOBRE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

En las diversas sentencias dictadas, el TS se refirió a varias sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la conexión entre la defensa de la competencia y la libertad de empresa. Según estas sentencias, la defensa de la competencia aparece como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste.

En este marco constitucional, en el que debe incluirse sin lugar a dudas el control de concentraciones, juega un papel decisivo la intervención de las autoridades de la competencia, cuya función es la de verificar si el proyecto puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado por sus efectos previsibles o constatados, y, en caso afirmativo, o bien declararla improcedente, o bien declararla procedente si se llega al convencimiento de que a pesar de los efectos restrictivos, la concentración contribuye a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o «a los intereses de los consumidores o usuarios».

La interpretación conjunta de estos preceptos permite afirmar que una operación de concentración que produzca estos efectos beneficiosos puede ser autorizada, aunque restrinja la competencia, si tales efectos tienen importancia hasta el punto que la hacen conveniente a pesar de los efectos restrictivos. El establecimiento de condiciones iría dirigido, de un lado, a paliar esos efectos restrictivos y, de otro, a facilitar que los efectos beneficiosos se hagan realidad. En definitiva, en el *desideratum* beneficio/perjuicio se opta por el primero, aun a conciencia de que el segundo se produce, si bien se repara con la adopción de determinadas condiciones que «compensen los efectos restrictivos» y a la vez garantizan que la operación aporte algo al progreso económico y social, a modo de equilibrio entre dichos factores.

El TS, consciente de que toda concentración de empresas implica por la simple adición de cuotas el aumento del peso significativo de la resultante, consideró, no obstante, que este mayor poder no supone necesariamente que la competencia quede impedida en el sector de mercado de que se trate, pues en él continuarán los restantes operadores y los futuros que puedan acceder al mismo. El mero aumento del poder significativo en el mercado de las empresas concentradas no era, a su juicio, defensorio de

prohibición. El régimen de control de estas concentraciones supone en sí mismo la posibilidad de su permanencia, pues, en caso contrario, hubiese sido más fácil al legislador establecer su prohibición absoluta. El que no lo haya hecho así se debe sin duda a que ello, aparte de que equivaldría a una restricción inaceptable de la libertad de empresa, impediría aprovechar los efectos beneficiosos que de una concentración puede derivar para la economía y el bienestar de los ciudadanos.

Asimismo, el TS estimó que la autorización de una operación de concentración no está subordinada al posible aumento del poder de mercado de los operadores como consecuencia de la operación, sino más bien a la restricción de la competencia que tal aumento puede ocasionar. El Tribunal consideró que la posición dominante, en sí misma considerada, no es ilegítima, y puede deberse al efecto expansivo de una gestión eficiente. Prohibirla sería tanto como impedir el éxito de una empresa, frente al fracaso de otras. Se trata únicamente de impedir que ese poder se incremente hasta el extremo de hacer imposible la competencia, y a esto tiende el sistema de control de concentraciones (FD 3.º de la STS núm. 2/33/2003 y FD 4.º de la STS núm. 2/37/2003).

Es importante señalar que esta tesis del TS corrobora el criterio seguido por las autoridades de competencia tanto españolas como comunitarias en la valoración de la cuota de mercado de las empresas. Ésta no es por sí misma razón para autorizar o prohibir una operación. La posición de dominio se relaciona no sólo con la posición de la empresa en un mercado, sino con múltiples elementos de valoración, como los competidores presentes, la competencia potencial, las barreras a la entrada o el poder compensatorio de la demanda. Por ello, no resultaría lógico que la normativa impidiese autorizar operaciones de concentración atendiendo únicamente a la posición de la empresa en el mercado.

En este contexto de libertad de empresa como mandato constitucional, el art. 17 de la LDC otorga al Gobierno tres opciones en su decisión sobre las operaciones de concentración: prohibir la operación o autorizarla con o sin condiciones. A la vista de los diferentes informes emitidos a lo largo del procedimiento tanto por las autoridades de competencia comunitarias como nacionales, así como por las autoridades nacionales de telecomunicaciones, el Gobierno no podía adoptar una posición pasiva de no oposición a la operación.

Entre las otras dos posibilidades que prevén los apartados *b)* y *c)* del art. 17 de la LDC es menos restrictiva con la libertad de empresa la aprobación con condiciones que el rechazo frontal de la operación. Esta última únicamente cabe acordarla cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. El determinar cuándo se da esta imposibilidad y cuándo no es cuestión que corresponde al Gobierno, que en este campo actúa con criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre diversas soluciones aquella que considere más ade-

cuada a la consecución de los objetivos propuestos (FD 4.º de la STS núm. 2/64/2003, FD 3.º de la STS núm. 2733/2003 y FD 4.º, II y III, de la STS núm. 2/37/2003).

El Gobierno, a juicio del TS, no adoptó la más expeditiva de declarar improcedente la concentración, pensando, como se infiere de la motivación de su acuerdo, que era posible proteger la competencia en los mercados emergentes y el desarrollo de redes basadas en tecnologías alternativas a aquellas en las que operan las empresas concentradas, pero además en que las eficiencias derivadas de la operación se transmitirían a los usuarios en forma de mejores contenidos y mejores precios por alcanzar la plataforma concentrada los umbrales propios de las economías de escala.

Es por ello que el TS consideró que el acto del Gobierno cumplió las exigencias de proporcionalidad, pues, descartada por razones evidentes la autorización lisa y llana, optó, entre las dos posibilidades restantes —no autorizar o autorizar con condiciones—, por la menos restrictiva.

D. SOBRE LA DISCRECIONALIDAD

Como se ha indicado en el epígrafe anterior, el Gobierno actúa con criterios de discrecionalidad en su valoración acerca de si los efectos restrictivos sobre la competencia se pueden compensar con condiciones o no. El TS constató que se trata de una apreciación subjetiva en que su criterio prevalece sobre las particulares opiniones de las partes, en la que los Tribunales no pueden intervenir, si no es a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el control de la discrecionalidad, y, en cualquier caso, sin que puedan sustituir ese contenido discrecional del acto, por así disponerlo el art. 71.2 de la Ley jurisdiccional.

Ello no significa, a juicio del Tribunal, que la discrecionalidad sea tan absoluta que permita la arbitrariedad, pues, como señala la Sentencia de la misma Sala de 2 de abril de 2002 (Prosegur), *«la validez, en principio, de esta modalidad de acuerdos condicionados no excluye, como es lógico, el análisis de cada una de las condiciones impuestas, a fin de examinar la conformidad a Derecho de su contenido»*. En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de 9 de junio de 2000 (caso Unión Radio), al indicar que se trata de *«un acto administrativo cuyo control jurisdiccional se atribuye en nuestro ordenamiento jurídico a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa»*.

Y el TS añadió que: *«el Gobierno, a través de la motivación del acto, bien directamente, bien mediante la remisión a los informes emitidos por los órganos competentes, expresará cuáles han sido los criterios que ha seguido para tomar su decisión, y si de ellos se deduce que ésta no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto, no puede esta Sala declarar su invalidez»*. Esta es también la postura del TPI en sus Sen-

tencias de 6 de junio de 2002 y 30 de septiembre de 2003. El primordial examen es, en consecuencia, determinar si las medidas son, desde un punto de vista racional y no arbitrario, adecuadas para restablecer la competencia, o al menos suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, y, si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar la validez del acuerdo (FD 4.º de la STS núm. 2/64/2003, FD 3.º de la STS núm. 2/33/2003 y FD 4.º, III, de la STS núm. 2/37/2003).

E. SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN

A lo largo del procedimiento, casi todas las demandantes alegaron este criterio como motivo de anulación y se refirieron reiteradamente a la Sentencia de la misma Sala de 2 de abril de 2002 (Prosegur). Alguna de las recurrentes invocó ausencia de motivación tanto en las cuestiones en las que el Consejo de Ministros no se apartó del dictamen del TDC como en aquellas otras en las que sí lo hizo.

Respecto de la falta de motivación de las primeras, el TS consideró que, aunque el análisis del TDC contuviera deficiencias, ello no implicaría ausencia de motivación, pues la exigencia del art. 54 de la Ley 30/1992 no consiste en que la motivación del acto administrativo carezca de errores de hecho o de Derecho, sino que refleje el proceso intelectual que lleva a la decisión final del procedimiento. Y no duda el Tribunal de que el extenso informe del TDC con los votos particulares contenga la motivación necesaria (FD 2.º de la STS núm. 2/37/2003).

Respecto de la falta de motivación de las segundas, y cita, en particular, la separación del TDC en cuanto a la condición decimoctava del primer ACM relativa al control de las subidas de precios, entendió el TS que la Exposición de Motivos tuvo especial cuidado en justificar por qué se consideraba necesario imponer unos límites al incremento de precios y se apartaba del dictamen del TDC. El TS añadió que el hecho de que esa justificación fuera más o menos discutible en cuanto al fondo no implica que la condición se hubiera impuesto sin la motivación exigible (FD 2.º de la STS núm. 2/37/2003).

El TS consideró que el deber de motivación de las decisiones adoptadas en materia de autorizaciones de concentraciones económicas tiene por objeto permitir al juez contencioso-administrativo ejercer su control de legalidad y que el interesado pueda conocer la justificación de las medidas y condiciones compensatorias adoptadas para poder defender sus derechos y verificar si dicha decisión se encuentra fundada (FD 6.º de la STS núm. 2/64/2003).

F. SOBRE LA REMISIÓN A LAS AUTORIDADES NACIONALES

A lo largo del procedimiento, varias de las demandantes invocaron la violación del art. 9.8 del Reglamento por considerar que las condiciones impuestas en los ACM impugnados no eran suficientes para preservar o restablecer una competencia efectiva en el mercado e insistieron en que se trataba de una operación de dimensión comunitaria sujeta a lo dispuesto en el citado Reglamento.

El TS, en línea con lo dispuesto por el TPI comunitario en la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, indicó que la remisión supone la aplicación de la LDC, lo que no impide que deban respetarse las obligaciones impuestas por el art. 9, apartados 6 y 8, del Reglamento y el art. 10 del Tratado de la UE, pudiendo las autoridades españolas pronunciarse libremente sobre el fondo de la concentración remitida sobre la base de un examen propio efectuado con arreglo a su Derecho nacional.

Teniendo en cuenta esta remisión al Derecho interno, las especificidades que éste presenta en relación con el Derecho comunitario pueden aplicarse en tanto en cuanto no transgredan los criterios generales establecidos por el Tratado de la UE y el Reglamento. Desde tal perspectiva, no puede decirse que la posibilidad que se atribuye al Gobierno por el art. 17.1 de la LDC de subordinar la aprobación a la observancia de condiciones, contravenga el Derecho europeo, pues tal posibilidad la prevé el art. 9.8 del Reglamento, si tales medidas tienden a restablecer una competencia efectiva en el mercado en cuestión.

El TS consideró, asimismo, que los razonamientos contenidos en el acto de remisión tienen un alcance informativo importante pero no restringen el margen de apreciación que tienen las autoridades españolas, sobre todo si se considera que el examen de la Comisión se realiza en un breve período de tiempo y con base exclusivamente en la notificación, mientras que las autoridades españolas disponen de más información a medida que se va avanzando en la investigación (FD 2.º de la STS núm. 2/33/2003, FD 3.º de la STS núm. 2/37/2003 y FD 3.º de la STS núm. 2/39/2003).

En suma, el TS adoptó, en sus sentencias, los criterios asumidos por el TPI comunitario en los dos fallos emitidos tanto en el asunto Sogecable como en el asunto Philips/Comisión, que han sido objeto de análisis en este artículo en el epígrafe correspondiente a las controversias suscitadas en el ámbito comunitario.

G. SOBRE LA TESIS DE LA EMPRESA EN QUIEBRA

Otro de los argumentos invocados recurrentemente por varias de las demandantes fue el de la aplicación por parte de las autoridades españolas

de la teoría de la empresa en quiebra rechazada por la Comisión Europea en su decisión de reenvío y aunque ni siquiera hubiera sido invocada por la empresa notificante.

El TS ha confirmado en sus sentencias la tesis mantenida por las autoridades españolas a lo largo del procedimiento al indicar que: *«descartada por la Comisión la idea de que la concentración pudiese apoyarse en la tesis de la empresa en quiebra, el Gobierno, atendiendo a ello, no ha fundado su acuerdo en esta circunstancia. Pero esto no significa que al adoptar su acuerdo no tenga presente las dificultades financieras por las que atraviesa el sector en orden a evitar que los mercados de referencia puedan sufrir si la operación no se realizara, poniendo en peligro su subsistencia, por la sencilla razón de que no es posible sustraerse a la consideración dinámica del mercado en que la operación se produce, y que no es otro que el de una situación de crisis en que el sector se halla inmerso no sólo en España, sino en el resto de Europa, puestas de manifiesto incluso por la Comisión Europea en el caso italiano pese a no aceptar la tesis de la empresa desfalleciente»* (FD 3.º, V, de la STS núm. 2/33/2003 y FD 4.º, V, de la STS núm. 2/37/2003).

Es más, si se hubiera aplicado la defensa de la empresa en quiebra, como alegaron algunas demandantes, muy probablemente no se habrían impuesto condiciones, pues la consecuencia de dicha defensa es que los efectos en la competencia no se «causan» por la concentración.

Cabe señalar, por otra parte, que en la Decisión sobre el caso italiano, la Comisión consideró *in extenso* la posible aplicación del argumento de la empresa en quiebra, que descartó por no haberse probado adecuadamente los requisitos establecidos en la jurisprudencia para su aplicación y no porque los compromisos ofrecidos por las partes eliminaran totalmente los problemas de competencia detectados por la Comisión en su investigación.

Es, asimismo, significativo que, en el caso SEB/Moulinex citado en el epígrafe correspondiente a los conflictos en el ámbito comunitario, las autoridades francesas, tras una Decisión de la Comisión de remisión parcial en la que se descartaba la aplicación del principio de la empresa en quiebra, utilizando precisamente esta doctrina, autorizaron la operación. Esta decisión fue anulada por los tribunales nacionales por considerar que no se había demostrado el cumplimiento de una de las tres condiciones necesarias consolidadas por la jurisprudencia comunitaria para que se pueda aplicar el principio de la empresa en quiebra. Y se exigió la adopción de un acto nuevo que tuviera en cuenta que el argumento de «la empresa en quiebra» no era aplicable al caso, pero sin pronunciarse sobre el contenido del nuevo acto ni sobre el cumplimiento del art. 9.8 del Reglamento.

H. SOBRE LAS CONDICIONES DE COMPORTAMIENTO

Frente a la tesis mantenida por varias demandantes a lo largo del procedimiento consistente en afirmar que las condiciones estructurales debían prevalecer sobre las de comportamiento porque éstas no permitían resolver los problemas de competencia que se producirían tras la operación, el TS ha avalado la defensa realizada por las autoridades españolas.

En efecto, el Tribunal indicó que no debe considerarse prevalente una condición estructural sobre otra de comportamiento. Es cierto que la Comisión Europea suele dar preferencia a las medidas estructurales en orden a compensar las restricciones a la competencia. Ahora bien, esto, que pudiera ser un criterio orientativo, no puede imponerse con carácter absoluto en el sistema español de concentraciones, conforme al cual no se imponen las medidas estructurales con carácter preferente, sino alternativo — *«dichas condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos, o en la imposición de limitaciones»* —, dejando, pues, en manos de la autoridades nacionales la elección entre unas u otras, y nada impide que establezcan las de comportamiento por considerarlas más convenientes, lo que, por otra parte, supone la ventaja de que afectan en menor proporción a la organización empresarial (FD 3.º, IV, de la STS núm. 2/33/2003, FD 4.º, IV, de la STS núm. 2/37/2003 y FD 4.º, IV, de la STS núm. 2/39/2003).

I. SOBRE LOS DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO

La existencia de vicios de procedimiento ha sido invocada por varias de las recurrentes como motivo de nulidad. Entre ellos, cabe destacar: a) la omisión del trámite de audiencia, b) la delegación en el plan de actuaciones del alcance definitivo de las condiciones impuestas, y c) la adopción de los Acuerdos sin el informe preceptivo de la CMT.

a) Las demandantes, en los recursos núms. 2/64/2003 y 2/65/2003, alegaron que el ACM había prescindido del trámite de audiencia dado que las compañías recurrentes se encontraban legitimadas para intervenir en el procedimiento por su condición de interesados, por ser titulares de derechos e intereses legítimos afectados por las condiciones impugnadas.

El TS, sin embargo, rechaza este motivo de nulidad. Considera, por una parte, que se han respetado las reglas y trámites procedimentales establecidos en la LDC y su reglamento de desarrollo¹⁷, que prevé un trámite de audiencia en el procedimiento seguido ante el TDC. Estima, adicionalmente, que la concesión de un nuevo trámite de audiencia tras la remisión

¹⁷ Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas.

del dictamen del TDC era superflua e innecesaria en razón de la naturaleza de la actividad administrativa que se despliega en el ejercicio de la función de control del derecho de la competencia y de las características de independencia de los órganos de defensa de la competencia, por lo que no puede determinarse fundadamente que esa omisión impida al acto alcanzar su fin.

Y concluye, en sintonía con lo expresado por el abogado del Estado, que este motivo de impugnación es infundado porque las empresas recurrentes pudieron intervenir en el procedimiento ante el TDC y pudieron, consecuentemente, tener conocimiento pleno de los elementos de hecho y de Derecho esenciales. Sin embargo, limitaron su actuación ante el TDC, por su propia decisión, a dar contestación a la nota sucinta remitida por ese organismo alegando que consideraban suficientes las observaciones evacuadas en el procedimiento seguido ante la Comisión Europea cuando la operación fue notificada (FD 5.º de la STS núm. 2/64/2003).

b) En el recurso núm. 2/37/2003, las demandantes alegaron que los Acuerdos recurridos, al exigir la presentación de un plan de actuaciones y plazos para cumplir las condiciones impuestas, estaban instaurando una especie de cuarta fase que no tiene cabida en el procedimiento previsto en los arts. 14 a 17 de la LDC y de la que estarían ausentes el resto de sociedades afectadas por la concentración. Además, añadieron que, dada la indefinición de algunas de las condiciones, sería el propio plan el que determinaría su alcance real.

El TS rechaza, sin embargo, tal objeción. Considera que los requisitos de procedimiento previstos en dichos artículos han sido respetados y se han cumplido con regularidad los diferentes trámites previstos para la aprobación administrativa de las concentraciones económicas (notificación, alegaciones, informes de los diferentes organismos reguladores, decisión final). Otra cosa es, añade, que el contenido del Acuerdo final, que culmina el procedimiento, sea de un signo o de otro.

El TS considera, adicionalmente, que si la ejecución de las condiciones impuestas exige unas actuaciones u otras es algo que no corresponde ya propiamente al procedimiento administrativo que culmina con la decisión del Consejo de Ministros, sino a momentos ulteriores. Difícilmente se podría anular, pues, dicho Acuerdo por razones que atañen a acontecimientos ulteriores cuando, además, la pretensión anulatoria se basa en presupuestos (la falta de intervención de los «terceros» interesados en el control del cumplimiento de las condiciones, consecutivo al plan de actuaciones) que no derivan necesariamente del referido Acuerdo.

c) Finalmente, en relación con el informe de la CMT, las demandantes habían alegado en el recurso núm. 2/37/2003 que los Acuerdos impugnados habían sido dictados prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido al haber sido adoptados sin el informe preceptivo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

Indica el TS que la circunstancia de que el informe fuera emitido no en la fase de tramitación ante el TDC, sino en un momento diferente podría constituir, a lo sumo, una irregularidad no invalidante, pero en ningún caso llevar aparejada la consecuencia de nulidad absoluta al amparo de lo dispuesto en el art. 62.e) de la Ley 30/1992. Es manifiesto que, incluso en dicha hipótesis, no se habría prescindido «totalmente» del procedimiento legalmente establecido.

El TS consideró, asimismo, que el hecho de que el dictamen se evacuara en un momento o en otro, pero en todo caso antes de la decisión del Gobierno y a requerimiento de éste, no determinaría la anulabilidad del acto final del procedimiento, esto es, de la decisión del Consejo de Ministros. Pues es claro que se respetó la finalidad de la norma dado que el Consejo de Ministros tuvo a la vista, antes de dictar su acuerdo, el informe de la CMT en un procedimiento de control de concentraciones. Y ninguna indefensión causa el hecho de que se informe en un momento o en otro cuando el órgano informante —que lo es desde la perspectiva sectorial que a él compete, la relativa a las telecomunicaciones— ha tenido a su disposición los elementos de información que él mismo ha precisado y requerido (FD 2.º de la STS núm. 2/37/2003).

J. SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

En el recurso núm. 2/64/2003 la demandante había invocado la vulneración del principio de igualdad ante la ley garantizado por el art. 14 de la Constitución española por considerar que el ACM había impuesto condiciones restrictivas a la libertad de negociación de los grandes estudios frente a otros productores. La demandante calificó estas condiciones como discriminatorias por considerar que no responden a una justificación objetiva que ampare la diferencia de trato y carecen de justificación razonable.

El TS consideró que para declarar tal discriminación es preciso que se aprecie homogeneidad entre la situación de quien se considera discriminado y la de quien sirve de referencia. Y esta situación no se aprecia en el presente caso. La diferencia de trato, a juicio del TS, resulta congruente con lo dispuesto en la decisión de remisión de la Comisión Europea en la que se distingue dentro del mercado de adquisición de contenidos el de adquisición de largometrajes de los grandes estudios por sus dimensiones cuantitativas y cualitativas, por la posición de estas empresas en el mercado y por la forma diferencial de comercialización que determinan estructuras de precios distintas.

K. CONCLUSIONES

De la lectura de las diferentes sentencias emitidas por el Tribunal Supremo en este asunto cabe extraer las siguientes conclusiones:

- Los órganos jurisdiccionales deben adoptar su decisión en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en el momento de la adopción del Acuerdo de Consejo de Ministros.
- El control de concentraciones es una institución claramente diferenciada del control de las conductas anticompetitivas y del abuso de posición dominante. Es un control *ex ante*, de naturaleza preventiva, que tiene por objeto evitar los daños que se puedan producir al mercado.
- El control de concentraciones tiene por objeto compensar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración, no eliminar los problemas de competencia preexistentes.
- La posición dominante, en sí misma considerada, no es ilegítima, y puede deberse al efecto expansivo de una gestión eficiente.
- Si una operación de concentración plantea problemas de competencia que excluyen su autorización sin condiciones, el Gobierno debe optar entre las dos posibilidades restantes que le ofrece el art. 17 de la LDC —no autorizar o autorizar con condiciones— por la menos restrictiva con la libertad de empresa.
- En sus decisiones sobre concentraciones económicas, el Gobierno actúa con criterios de discrecionalidad. Esta discrecionalidad no es, sin embargo, absoluta. Se encuentra limitada y sujeta a la motivación del acto. Los órganos jurisdiccionales deben limitar su actuación a comprobar los criterios seguidos para la adopción de su decisión, y si de ellos se deduce que no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto, no puede declarar su invalidez.
- La exigencia del art. 54 de la Ley 30/1992 sobre el deber de motivación consiste en que la motivación del acto administrativo refleje el proceso intelectual que lleva a la decisión final del procedimiento.
- El deber de motivación de las decisiones adoptadas en materia de autorizaciones de concentraciones económicas tiene por objeto permitir al juez contencioso-administrativo ejercer su control de legalidad y al interesado conocer la justificación de las medidas y condiciones compensatorias adoptadas para poder defender sus derechos y verificar si dicha decisión se encuentra fundada.
- La remisión a las autoridades nacionales de una operación de dimensión comunitaria supone la aplicación del Derecho nacional a dicha operación, debiéndose respetar las obligaciones impuestas por el art. 9, apartados 6 y 8, del Reglamento y el art. 10 del Tratado de la UE.
- Las condiciones estructurales no prevalecen sobre las de comportamiento.

- Aunque el Gobierno no haya adoptado el principio de la empresa en quiebra, sí puede tener presente las dificultades financieras por las que atraviesa el sector, pues no es posible sustraerse a la consideración dinámica del mercado en que la operación se produce.

5. CONCLUSIÓN

El asunto Sogecable ha sido un caso controvertido. Esto es un hecho irrefutable a la vista de lo expuesto en los apartados anteriores. El asunto Sogecable ha sido, además, un caso poco frecuente en la medida en que no es habitual que una operación de concentración genere jurisprudencia simultáneamente en el ámbito nacional y el comunitario.

Pero lo realmente relevante de este caso a efectos de la defensa de la competencia y, en particular, del control de concentraciones, es la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales que permite corroborar aspectos ya destacados en jurisprudencia precedente o apuntar nuevos principios sobre los que no se había producido pronunciamiento alguno. Cabe destacar, asimismo, que algunas cuestiones han sido suscitadas en las dos instancias y que la solución adoptada por los jueces en uno y otro caso ha sido unívoca, lo que es relevante desde el punto de vista de la seguridad jurídica de las empresas.

ANEXO

1. CONDICIONES PROPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Primera. Sogecable deberá garantizar que un porcentaje significativo de los canales emitidos a través de su plataforma de televisión sea propiedad de terceros. La determinación concreta del porcentaje y las condiciones de acceso deberían ser establecidas por el Gobierno en base a criterios equitativos, transparentes y no discriminatorios.

Segunda. Sogecable deberá renunciar a ejercer los derechos de tanteo y retracto y las opciones de compra que posee, tanto directamente como a través de AVS, en la negociación con los clubes de fútbol para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de s. M. el Rey, así como limitar a un máximo de tres años el período por el que adquiera estos derechos y renunciar a aquellos distintos de los televisivos.

Tercera. Sogecable deberá garantizar que las condiciones en las que sublicencie los derechos para la retransmisión de los partidos de la Liga española de fútbol en modalidad de pago por visión en el marco del acuerdo AVS II obedezcan a criterios de equidad, transparencia y no discrimi-

minación. Un árbitro independiente deberá vigilar anualmente el cumplimiento de esta condición.

Cuarta. Sogecable deberá reconocer un derecho de rescisión unilateral a favor de MGM, con la reducción proporcional de la contraprestación prevista por el período restante y sin aplicación de sanción alguna, así como limitar a un máximo de un año el período por el que adquiera los derechos de retransmisión televisiva de películas cinematográficas de los «grandes estudios» para primera y segunda ventana de televisión de pago.

Quinta. Sogecable deberá mantener la comercialización de los canales temáticos producidos por empresas de su grupo, directamente o mediante acuerdos con terceros, así como el resto de servicios que actualmente presta relacionados con éste, al resto de operadores de televisión de pago que lo deseen en condiciones de mercado transparentes y equitativas y de forma individual; estando prohibida su agrupación en paquetes.

Sexta. Sogecable deberá renunciar a actuar como agente para nuestro país de los canales temáticos producidos o distribuidos por los «grandes estudios» ni por productores o distribuidores internacionales independientes.

Séptima. Sogecable deberá comprometerse a no comercializar conjuntamente la oferta de la plataforma de televisión resultante de la operación notificada con la de acceso a Internet de banda ancha de Telefónica o, en su caso, la del proyecto Imagenio, ni a discriminar la venta de sus contenidos audiovisuales a favor del proyecto Imagenio o cualquier otro del grupo Telefónica en ADSL frente a otros proveedores de acceso a Internet que operen en España.

Octava. Sogecable deberá comprometerse a realizar el retorno de los servicios interactivos que desarrolle la nueva plataforma de televisión por las redes de los operadores concurrentes en el mercado, no pudiendo imponerse el retorno de modo obligatorio por la red de telecomunicaciones de Telefónica.

Novena. Sogecable deberá comprometerse a no cargar a los abonados de Canal Satélite Digital o Vía Digital ningún coste relativo a la integración de estas dos plataformas y a mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional sin discriminar entre zonas con o sin presencia de operadores de cable.

Décima. Sogecable deberá comprometerse a no suscribir, directamente o a través de cualquiera de las empresas que controla, acuerdos o alianzas con cualquier empresa del grupo Telefónica y viceversa en el ámbito de los medios de comunicación que excedan o no se correspondan con los incluidos en la operación notificada.

La supervisión del cumplimiento de las anteriores condiciones deberá recaer en la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT).

2. CONDICIONES IMPUESTAS EN EL PRIMER ACUERDO DE CONSEJO DE MINISTROS

Primera. Sogecable deberá ofrecer sus servicios mayoristas de plataforma digital, en la medida en que lo permita su capacidad disponible, a cualquier tercer programador que desee transmitir sus canales a través de dicha plataforma.

En todo caso, Sogecable deberá poner un número adicional de canales equivalente al menos al 20 por 100 de los actualmente emitidos a través de su plataforma de televisión a disposición de terceros programadores diferentes de aquellos cuyos canales ya viniesen operando a través de Canal Satélite Digital con anterioridad a la operación de concentración.

Se entenderá por terceros programadores aquellos programadores de contenidos audiovisuales de calidad adecuada no controlados por Sogecable o sus socios de referencia, bien directamente o bien a través de empresas en participación.

Segunda. Adicionalmente, Sogecable deberá en todo caso poner a disposición de terceros su plataforma y demás servicios conexos para la emisión de canales temáticos informativos de programadores independientes de Sogecable y de sus socios de referencia.

Tercera. La puesta a disposición por Sogecable de todos los servicios necesarios para el acceso de terceros para la emisión de canales a través de su plataforma de televisión deberá realizarse en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias.

En particular, el precio cobrado por los servicios prestados deberá estar basado en los costes derivados de los mismos. Para ello, Sogecable deberá llevar una contabilidad separada para sus servicios como mayorista de plataforma digital y para el resto de sus servicios que permita identificar claramente los costes derivados de cada una de dichas actividades.

Cuarta. Sogecable deberá renunciar a cualquier derecho de tanteo o retracto u opción de compra con respecto a los derechos de retransmisión televisiva de largometrajes cinematográficos y canales temáticos producidos por los «grandes estudios».

La duración de cualquier nuevo contrato entre Sogecable y los «grandes estudios» relativo a derechos de emisión televisiva de largometrajes cinematográficos y canales temáticos por ellos producidos no podrá exceder de tres años.

Quinta. Sogecable no podrá adquirir derechos en régimen de exclusividad de largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios» para su explotación en cualquier régimen de pago por visión mediante plataformas tecnológicas distintas de las que explota actualmente.

Sexta. Sogecable no podrá adquirir derechos en régimen de exclusiva de largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios» para su explotación por medio de telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos.

Séptima. Sogecable deberá limitar a un máximo de un año el período de emisión en exclusiva que medie entre la primera emisión en primera ventana y la primera emisión en segunda ventana de televisión de pago de los largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios» cuyos derechos de emisión adquiera.

Octava. Sogecable deberá reconocer un derecho de rescisión unilateral a favor de Metro Goldwin Mayer con la reducción proporcional de la contraprestación prevista por el período restante y sin aplicación de sanción alguna.

Novena. Sogecable deberá garantizar la comercialización a terceros de al menos un canal que incluya largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios» en primera ventana de televisión de pago. Dicho canal deberá tener características equivalentes al canal Gran Vía que viene comercializando Vía Digital.

Dicha comercialización se hará en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias.

Décima. Sogecable deberá garantizar la comercialización a terceros de los canales temáticos producidos por empresas de su grupo, directamente o mediante acuerdos con terceros, incluyendo los que supongan la explotación de los derechos en segunda ventana de televisión de pago de largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios».

Dicha comercialización se hará en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias.

Undécima. Sogecable deberá garantizar la prestación del resto de servicios relacionados con esta comercialización al resto de operadores de televisión de pago que lo deseen en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias y de forma individual, estando prohibida su agrupación en paquetes.

Duodécima. Sogecable no podrá actuar como agente o distribuidor exclusivo para España de los canales temáticos producidos o distribuidos por los «grandes estudios», ni por productores o distribuidores internacionales independientes.

Decimotercera. Sogecable no podrá comercializar conjuntamente la oferta de la plataforma de televisión resultante de la operación notificada con la de acceso a Internet de banda ancha de Telefónica o, en su caso, la del proyecto Imagenio.

Decimocuarta. Sogecable no podrá discriminar la venta de sus contenidos audiovisuales a favor del proyecto Imagenio o cualquier otro proyecto o empresa del grupo Telefónica frente a proveedores de servicios de telefonía o de acceso a Internet que operen en tecnologías diferentes y, en particular, frente a los operadores de cable.

Decimoquinta. Sogecable no podrá discriminar la venta de sus contenidos audiovisuales a favor del proyecto Imagenio o cualquier otro proyecto o empresa del grupo Telefónica en ADSL frente a otros operadores de dicha tecnología.

Decimosexta. Sogecable deberá garantizar que el retorno de los servicios interactivos que desarrolle su plataforma de televisión se puede realizar por las redes de los operadores concurrentes en el mercado, no pudiendo incentivarse o imponerse de modo obligatorio el retorno por la red de telecomunicaciones de Telefónica.

Decimoséptima. Sogecable no podrá repercutir sobre los abonados de Canal Satélite Digital o Vía Digital ningún coste relativo a la integración de estas dos plataformas y deberá mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional, sin discriminar entre zonas con o sin presencia de operadores de cable.

Decimoctava. Durante el plazo de cuatro años desde el presente Acuerdo, Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios por encima de un límite fijado como IPC-X, siendo IPC el límite superior del objetivo de inflación del Banco Central Europeo para el año correspondiente y X un porcentaje que será determinado con carácter anual atendiendo a la evolución, estructura competitiva y demás características de los mercados afectados.

En todo caso, Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios durante el año 2003.

Decimonovena. Tanto Sogecable como cualquiera de las empresas que ostentan su control o las controladas por ella no podrán suscribir acuerdos o alianzas de carácter estratégico con cualquier empresa del grupo Telefónica y viceversa en el ámbito de los medios de comunicación que excedan o no se correspondan con los incluidos en la operación notificada.

Vigésima. En el plazo de dos meses desde la notificación del presente Acuerdo a Sogecable, ésta deberá presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones en él contenidas.

El Servicio, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá introducir las modificaciones que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento y vigilancia de las citadas condiciones.

Vigesimoprimera. El plan de actuaciones deberá incorporar un mecanismo de arbitraje privado para la resolución de los conflictos que

podieran surgir en la aplicación de las condiciones primera, segunda, tercera, novena, décima, undécima, decimocuarta y decimoquinta, que Sogecable deberá ofrecer a cualquier tercero con el que contrate.

En el supuesto de que no se llegase a un acuerdo sobre el árbitro propuesto, Sogecable deberá proponer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente.

Sogecable deberá suministrar a los árbitros que en su caso se determinen toda la información necesaria para el correcto desempeño de su función, preservándose en todo caso la confidencialidad de aquella que contenga secretos comerciales.

Vigesimalsegunda. A los efectos de la vigilancia del presente Acuerdo, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones emitirá un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las condiciones en él establecidas. Igualmente, podrá emitir informes sobre cualquier conflicto o incidencia relativos al mismo, con el fin de recabar la adopción de las medidas previstas en la normativa vigente en este ámbito.

Vigesimotercera. En virtud del art. 18.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia la ejecución y el cumplimiento del presente Acuerdo de Consejo de Ministros, sobre la base de los informes que, con carácter anual y puntual, evacue la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones en relación con la supervisión de las condiciones anteriores.

Adicionalmente, el Servicio determinará con carácter anual, y previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el término (x) previsto en la condición decimoctava.

Vigesimocuarta. La duración de aquellas condiciones establecidas en el presente Acuerdo para las que no se fije un plazo concreto, bien en el propio Acuerdo o bien en el Plan de Actuaciones, será de cinco años.

El cómputo de dichos plazos se iniciará a partir de la fecha de notificación a Sogecable del presente Acuerdo, a excepción de la condición cuarta, en que el cómputo del plazo de cinco años se iniciará al vencimiento de los contratos en ella contemplados.

3. CONDICIONES IMPUESTAS EN EL SEGUNDO ACUERDO DE CONSEJO DE MINISTROS (FÚTBOL)

Primera. El presente Acuerdo se entiende sin perjuicio de la competencia de la Comisión Europea para resolver en relación con el expediente COMP/37.652, AVS II, relativo a la aplicación del art. 81.3 del Tratado de la Comunidad Europea al Acuerdo cuya autorización singular fue solicitada con fecha 30 de septiembre de 1999.

Segunda. Sogecable no podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto y las opciones de compra o de prórroga que posee o controla, tanto directa como indirectamente, a través de Audiovisual Sport o de cualquier otra forma, en la negociación para la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de s. m. el Rey.

Tercera. La duración de los contratos por los que adquiera estos derechos no podrá exceder de tres años, incluyendo cualquier mecanismo de prórroga, opción o derecho de tanteo y retracto.

Cuarta. Sogecable no podrá ejercer o adquirir en régimen de exclusiva derechos para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de s. m. el Rey mediante telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos.

Quinta. En el supuesto de que Sogecable controle o adquiera, de forma directa o indirecta, derechos en régimen de exclusiva para la retransmisión por televisión de la Liga española de fútbol, la Copa de s. m. el Rey y los correspondientes resúmenes, deberá garantizar su cesión, comercialización o sublicencia en las modalidades de televisión en abierto y de pago por visión. En todo caso, se deberá garantizar el mantenimiento de unas modalidades de retransmisión equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración.

Sexta. En el plazo de dos meses desde la notificación del presente Acuerdo a Sogecable, ésta deberá presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones en él contenidas.

El Servicio, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá introducir las modificaciones que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento y vigilancia de las citadas condiciones.

Séptima. El plan de actuaciones deberá incorporar un mecanismo de arbitraje privado para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en la aplicación de la condición quinta, que Sogecable deberá ofrecer a cualquier tercero con el que contrate.

En el supuesto de que no se llegase a un acuerdo sobre el árbitro propuesto, Sogecable deberá proponer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente.

Sogecable deberá suministrar a los árbitros que en su caso se determinen toda la información necesaria para el correcto desempeño de su función, preservándose en todo caso la confidencialidad de aquella que contenga secretos comerciales.

Octava. A los efectos de la vigilancia del presente Acuerdo, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones emitirá un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las condiciones en él establecidas

y de forma especial sobre la condición quinta. Igualmente, podrá emitir informes sobre cualquier conflicto o incidencia relativos al mismo, con el fin de recabar la adopción de las medidas previstas en la normativa vigente en este ámbito.

Novena. En virtud del art. 18.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia la ejecución y el cumplimiento del presente Acuerdo de Consejo de Ministros, sobre la base de los informes que, con carácter anual y puntual, evacue la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones en relación con la supervisión de las condiciones anteriores.

Décima. La duración de las condiciones establecidas en el presente Acuerdo será de cinco años desde la fecha de notificación a Sogecable del presente Acuerdo.

COMPROMISOS (REMEDIOS) EN ASUNTOS DE CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS: EL CONTROL POR EL JUEZ COMUNITARIO DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

Josep Maria CARPI BADIA *

Letrado. Tribunal de Primera Instancia
de las Comunidades Europeas. Luxemburgo
Funcionario en comisión de servicios.
Dirección General de Competencia. Comisión Europea

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En atención al art. 2, párrafo 3.º, del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, «el Reglamento»)¹, aquellas operaciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común (serán, en definitiva, prohibidas). Ello no obstante, una concentración que inicialmente plantee problemas de competencia (o durante la primera fase del procedimiento administrativo, serias dudas a este respecto) puede ser autorizada por la Comisión Europea (en adelante, «la Comisión») mediante aceptación de las modificaciones previamente propuestas por las partes notificantes, si tales modificaciones resuelven dichos problemas de manera adecuada y suficiente².

Estas modificaciones —que deben ser proporcionales al problema de competencia de que se trate y eliminarlo por completo—³ suelen conocer-

* Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales y no pretenden representar ni comprometer al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas o a la Comisión Europea.

¹ *DO*, L 24, de 29 de enero de 2004, p. 1.

² Considerando núm. 30 del Reglamento.

³ Considerando núm. 30 del Reglamento. Los compromisos tienen por objeto reducir el peso en el mercado de las partes de la concentración (en particular en las fusiones de tipo horizontal) y

se como «compromisos» (el término adoptado por el Reglamento), «soluciones» (la acepción utilizada en la Comunicación interpretativa de la Comisión)⁴ o «remedios» (por influencia de la terminología inglesa). Jurídicamente, dichos compromisos se incorporan como «condiciones» u «obligaciones»⁵ a las decisiones de autorización de la Comisión⁶. Tal y como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante, «TPICE»), los compromisos constituyen el único medio de preservar una operación de concentración comprendida en el ámbito de aplicación del art. 2, apartado 3.º, del Reglamento de una declaración de incompatibilidad⁷.

La importancia del papel que los compromisos juegan en los procedimientos de control previo de las operaciones de concentración resulta de sobras conocida. Por regla general, si bien las etapas iniciales de la discusión entre las empresas afectadas y los servicios de la Comisión se consagran de manera preferente al examen de la definición de los mercados relevantes y de la existencia o no de un riesgo de obstaculización a la competencia efectiva en los mismos, una vez la Comisión parece haber llegado al convencimiento de que tales obstáculos existen (o no pueden ser descartados), el énfasis de la discusión suele desplazarse al análisis de las posibles modificaciones del proyecto de concentración susceptibles de eliminar dichas trabas y de permitir, por tanto, la autorización de la operación. No en vano, la mayor parte de las concentraciones notificadas que, en opinión de la Comisión, plantean problemas de competencia son autorizadas con compromisos, resultando los casos de prohibición francamente excepcionales⁸ (aunque el impacto mediático de tales supuestos puede tal vez sugerir lo contrario).

establecer las condiciones para que la competencia efectiva, amenazada por la operación originalmente notificada, no resulte falseada. Ver al respecto GONZÁLEZ DÍAZ y CARPI BADIA, «La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, t. I, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 629-750.

⁴ Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) núm. 447/98 de la Comisión (*DO*, C 68, de 2 de marzo de 2001, pp. 3-11). En el momento de elaborar este trabajo, dicha Comunicación se encuentra en fase de revisión.

⁵ Las «condiciones» son cada una de las medidas cuya realización conlleve el cambio estructural perseguido en el mercado (por ejemplo, una desinversión concreta), mientras que las «obligaciones» son aquellas medidas de aplicación necesarias para alcanzar este resultado (como la designación del administrador o *trustee*).

⁶ Las decisiones de «autorización con compromisos» pueden ser adoptadas tanto al término de la primera fase del procedimiento administrativo ante la Comisión como tras la segunda fase del mismo (una vez incoado el procedimiento). Tradicionalmente, tales decisiones han sido conocidas en función de las bases jurídicas sobre las que se sustenta su adopción: así, respectivamente, «Decisiones 6.1.b/6.2» (compromisos aceptados en primera fase) y «Decisiones 8.2» (compromisos aceptados en segunda fase).

⁷ Sentencia del TPICE de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric/Comisión*, T-77/02, *Rec.*, p. II-4201, apartado 461.

⁸ Un vistazo a las estadísticas que regularmente publica la Comisión así lo demuestra. Así, entre el 21 de septiembre de 1990 y el 31 de mayo de 2006, de las 3.098 operaciones de concentración notificadas, sólo 19 fueron prohibidas, mientras que 218 fueron aprobadas con compromisos (de estas últimas, en 141 casos se trató de compromisos aceptados durante la primera fase del pro-

La negociación de compromisos no suele ser, en cualquier caso, tarea sencilla, como bien saben tanto los miembros de los servicios de las autoridades de defensa de la competencia como los ejecutivos, abogados y economistas de las empresas que se ven involucradas. De un lado, durante el procedimiento de control administrativo, la distinción apuntada *supra* entre una primera fase de análisis de los mercados y de los problemas de competencia y una segunda fase de examen y discusión de los compromisos necesarios, responde frecuentemente más a un criterio conceptual que a una estricta ordenación temporal. En efecto, ambos ejercicios tienden a solaparse parcialmente. De esta forma, la negociación sobre los compromisos se inicia, por definición, antes de que la Comisión haya adoptado su conclusión «definitiva» sobre la conformación de los mercados y la situación competitiva en los mismos tras la operación (ello no acontece, por supuesto, hasta la adopción de la decisión final sobre la concentración, tras la consulta, en su caso, a los Estados miembros en el marco del Comité consultivo de concentraciones)⁹. De hecho, cada nuevo «paquete» de compromisos propuesto suele modificar el perímetro de la operación, lo que exige una adecuación y actualización del análisis de competencia efectuado. De otro lado, tal negociación se desarrolla bajo la innegable presión que ejercen los estrictos plazos fijados en el Reglamento (aunque el nuevo texto legal presenta una cierta mayor flexibilidad respecto al anteriormente vigente)¹⁰. Finalmente, conviene apuntar que, tradicionalmente, la Comisión somete a los compromisos propuestos (en particular, en punto a su efectividad, suficiencia y viabilidad) a un «test de mercado», en el marco del cual da a los terceros interesados (en la práctica, competidores, clientes y proveedores de las empresas afectadas) la oportunidad de hacerle partícipe de sus observaciones al respecto (lo que da lugar, en no pocas ocasiones, a una reapertura de las negociaciones).

Por lo demás, como se ha indicado, los compromisos aceptados por la Comisión se incorporan a la decisión de compatibilidad, en tanto que con-

cedimiento administrativo y en 77 supuestos de compromisos aceptados en segunda fase) (*fuentes: Comisión Europea, Dirección General de Competencia, 2006*). Conviene apuntar, sin embargo, que, en ocasiones, las partes notificantes no están dispuestas a llevar a cabo aquellas modificaciones que resultarían necesarias (en opinión de la Comisión, por lo menos) para solventar los problemas de competencia identificados, y deciden abandonar el proyecto de concentración antes que ser destinatarias de una decisión de prohibición (la cual, más allá de impedir la realización del proyecto de concentración notificado, puede contener juicios de valor sobre eventuales posiciones de dominio ocupadas por las empresas afectadas, que éstas pueden tener interés en evitar). En un número limitado de casos puede resultar objetivamente imposible encontrar compromisos susceptibles de permitir la autorización de la concentración (o bien la complejidad y amplitud de los compromisos imaginables puede impedir determinar con un grado adecuado de certeza si la competencia efectiva se restablecerá en el mercado).

⁹ Ver a este respecto el art. 19 del Reglamento.

¹⁰ Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre, sobre control de las operaciones de concentración entre empresas (en adelante, «el Reglamento 4064/89») (*DO*, L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 1, versión corregida en el *DO*, L 257, de 21 de septiembre de 1990, p. 13); Reglamento modificado por el Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (*DO*, L 180, de 9 de julio de 1997, p. 1; rectificaciones en el *DO*, L 40, de 13 de febrero de 1998, p. 17, y en el *DO*, L 199, de 26 de julio de 1997, p. 69).

diciones u obligaciones, quedando la propia autorización sujeta, mediata o inmediatamente, al cumplimiento de aquéllas¹¹. Ello supone, por otra parte, que el control administrativo de la operación no concluye con la autorización de la misma, sino que se alarga necesariamente al período necesario para la ejecución de tales compromisos.

A la vista de lo anterior, no resulta extraño que el juez comunitario (así, las dos jurisdicciones competentes, el TPICE y, en menor medida, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en adelante, «TJCE»—), en el marco de su control de legalidad de las decisiones de la Comisión en materia de control de operaciones de concentración, haya sido llamado a pronunciarse sobre variadas cuestiones relativas a compromisos aceptados o rechazados por aquélla.

En particular, los recursos que se han presentado en este ámbito responden, por regla general, a uno de los cuatro escenarios siguientes. En primer lugar encontramos aquellas acciones, las más habituales hasta el momento, presentadas por las partes notificantes contra decisiones de la Comisión declarando la concentración propuesta incompatible con el mercado común; en tales supuestos, los demandantes, además de impugnar el análisis realizado por la Comisión respecto a los supuestos problemas de competencia existentes, hacen lo propio, en su caso, respecto al rechazo por el Ejecutivo comunitario de los compromisos propuestos. En segundo lugar, tenemos los recursos presentados por terceros contra decisiones de autorización, alegando, *inter alia*, que los compromisos aceptados por la Comisión no resultan suficientes para eliminar los obstáculos a la competencia efectiva suscitados por la operación. En tercer lugar, encontramos el supuesto (hasta el momento más bien excepcional) de la impugnación por alguna de las partes notificantes de aquellos compromisos aceptados por la Comisión e incorporados a una decisión de autorización. Finalmente, en cuarto lugar y de modo, al menos todavía, igualmente marginal, encontramos aquellos litigios que conciernen no la autorización o la prohibición de la operación, sino el control posterior por la Comisión de la ejecución de las condiciones y obligaciones que acompañan su decisión de compatibilidad.

Por lo demás, en los cuatro escenarios apuntados las partes suelen invocar tanto motivos sustantivos (errores de hecho, de Derecho o de

¹¹ Condiciones y obligaciones presentan un régimen diferente en cuanto a las consecuencias derivadas de su incumplimiento por parte de las empresas afectadas (considerando núm. 31 del Reglamento). Así, en los casos de incumplimiento de alguna de las condiciones, no se materializará la situación que hace que la concentración sea compatible con el mercado común y, por consiguiente, habrá que entender que la concentración, tal como se ha ejecutado, no ha sido autorizada por la Comisión (en caso de que la Comisión haya previamente concluido que, en ausencia de la condición, la concentración sería incompatible con el mercado común, el Ejecutivo comunitario podrá ordenar directamente la disolución de la concentración). A su vez, cuando no se cumpla alguna de las obligaciones vinculadas a una decisión de autorización, la Comisión «podrá revocar» su decisión (la incompatibilidad de la concentración con el mercado común, por tanto, ni es automática ni es estrictamente imprescindible). En ambos casos, por otra parte, la Comisión puede imponer sanciones financieras a las empresas en situación de incumplimiento.

apreciación) como motivos procedimentales (vicios sustanciales de procedimiento o violaciones de las formalidades esenciales).

A continuación se analizan, con cierto detalle, los principales desarrollos jurisprudenciales en este ámbito. La sistemática que se seguirá combina los dos criterios organizativos a que viene de hacerse mención. Así, se distinguirá, por un lado, entre cuestiones procedimentales y cuestiones sustantivas, y se examinarán, a continuación, los casos particulares relacionados, por un lado, con la impugnación por las partes notificantes de los compromisos aceptados por la Comisión y, por otro, con el control de la ejecución de los compromisos.

2. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

De entre los pronunciamientos de los Tribunales comunitarios respecto a materias de procedimiento, dos cuestiones merecen, en mi opinión, particular atención: el respeto por las partes notificantes de los plazos fijados para la presentación de compromisos (en particular, por lo que hace al carácter imperativo o no de tales plazos y al margen del que dispone la Comisión para tomar en consideración o no propuestas extemporáneas) y las consecuencias que se derivan, en esta sede, de los derechos de la defensa de las empresas afectadas (concretamente, en punto a conocer en tiempo oportuno las objeciones que la Comisión formula contra la operación, con el objeto de poder presentar eficazmente los compromisos pertinentes).

A. EL RESPETO DE LOS PLAZOS FIJADOS PARA LA PRESENTACIÓN DE COMPROMISOS

Una de las características procedimentales esenciales, ya desde sus inicios, del régimen comunitario de control de concentraciones (junto con el establecimiento de un sistema de «ventanilla única» o «*one stop shop*») es la fijación de plazos cortos y de estricto cumplimiento para la adopción por la Comisión de sus decisiones respecto de las operaciones notificadas¹². Tales plazos se amplían, si bien de manera breve, cuando las empresas afectadas proponen compromisos, con objeto de que se disponga de tiempo suficiente para el análisis y el *market test* de dichas

¹² Las decisiones *ex art. 6* de autorización en primera fase o de incoación del procedimiento deben adoptarse en un plazo máximo de veinticinco días laborables a partir del día laborable siguiente a la fecha de recepción de la notificación (o, en su caso, de la recepción del complemento de información) (art. 10, apartado 1.º, primer párrafo, del Reglamento). Las decisiones *ex art. 8* de autorización en segunda fase o de prohibición deben adoptarse en un plazo máximo de noventa días laborables a partir de la fecha de incoación del procedimiento (art. 10, apartados 2.º y 3.º, del Reglamento).

propuestas y para consultar a los Estados miembros y a terceros interesados¹³.

Hasta el momento, el TPICE no ha sido llamado a conocer del respeto de los plazos impuestos a la Comisión¹⁴, pero sí del de aquellos otros establecidos por la reglamentación comunitaria para que las empresas notificantes presenten sus propuestas de compromisos. En efecto, el Reglamento (CE) núm. 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril (en adelante, «el Reglamento de aplicación»)¹⁵, establece, en su art. 19, apartados 1.º y 2.º, que los compromisos ofrecidos por las empresas interesadas deben presentarse a la Comisión en un plazo no superior a veinte días hábiles a partir de la fecha de recepción de la notificación (en primera fase) o de sesenta y cinco días hábiles¹⁶ a partir de la fecha de inicio del procedimiento (en segunda fase)¹⁷. En atención al tercer párrafo del apartado 2 del citado art. 19, que hace referencia únicamente a los compromi-

¹³ Así, en primera fase, el plazo se amplía a treinta y cinco días laborables (art. 10, apartado 1.º, segundo párrafo, del Reglamento). En segunda fase, el plazo se amplía a ciento cinco días laborables (salvo que dichos compromisos se propongan en un plazo inferior a cincuenta y cinco días desde la incoación del procedimiento) (art. 10, apartado 3.º, primer párrafo, *in fine*, del Reglamento). Ver igualmente, al respecto, el considerando núm. 35 del Reglamento. Como se ha apuntado, el imperativo legal de cumplir estos plazos de manera estricta somete a una presión nada desdeñable a toda negociación sobre compromisos. En los medios profesionales, a pesar de saludarse los beneficios que tales plazos comportan, se plantean a menudo quejas respecto a la posibilidad real de mantener una negociación plena y adecuada de los compromisos, en casos complejos, durante los breves períodos establecidos [WINCKLER, «Somme comments on procedure and remedies under EC merger control rules: something rotten in the kingdom of the EC merger control?», en *World Competition*, vol. 26(2), 2003, pp. 219-233]. Las nuevas posibilidades de suspender temporalmente tales plazos (medidas de «*stop the clock*») y la voluntad por parte de la Comisión de utilizar con mayor asiduidad ciertas posibilidades ya existentes de ampliación de facto de los mismos pueden, sin embargo, introducir una recomendable flexibilidad que permita una negociación más adecuada de los compromisos y un *market test* apropiado de las propuestas de las empresas (ver, en particular, el art. 10, apartado 3.º, segundo párrafo, y apartado 4.º, del Reglamento).

¹⁴ En efecto, en el asunto Lagardère, en el que la Comisión había adoptado una revocación parcial, con efecto retroactivo, de una decisión de autorización (modificando de este modo su apreciación sobre las restricciones necesarias y relacionadas directamente con la concentración —las «*ancillary restraints*»—, aunque dejando inmutable el dispositivo original), el TPICE anuló la decisión impugnada no por la presunta violación del plazo fijado para la adopción de la misma, sino, *inter alia*, por la violación del principio de confianza legítima (Sentencia del TPICE de 20 de noviembre de 2002, Lagardère y Canal+/Comisión, T-251/00, *Rec.*, p. II-4825).

¹⁵ *DO*, L 133, de 30 de abril de 2004, p. 1. En realidad, los casos planteados hasta la fecha lo han sido al amparo de la legislación anteriormente en vigor, concretamente, el Reglamento (CE) núm. 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento núm. 4064/89 (*DO*, L 61, de 2 de marzo de 1998, p. 1). El art. 18, apartados 1.º y 2.º del mismo, establecía que los compromisos debían presentarse en el plazo máximo de tres semanas a partir de la fecha de recepción de la notificación (en primera fase) o de tres meses a partir de la fecha de incoación del procedimiento (en segunda fase). Se preveía igualmente que la Comisión podía ampliar este plazo, en segunda fase, en circunstancias excepcionales. Las conclusiones del TPICE son extrapolables, en cualquier caso, a los Reglamentos actualmente en vigor.

¹⁶ Y no de «veinte» días hábiles, como erróneamente recoge la versión española del Reglamento de aplicación.

¹⁷ Sin embargo, cuando, con arreglo al segundo párrafo del apartado 3.º del art. 10 del Reglamento, se amplíe el plazo de adopción de una decisión en virtud de los apartados 1.º, 2.º y 3.º del

tos presentados en segunda fase, «[e]n circunstancias excepcionales, la Comisión podrá aceptar compromisos ofrecidos después del vencimiento del plazo para su presentación».

¿Qué sucede, pues, con los compromisos presentados por las partes de forma extemporánea? ¿Puede o debe la Comisión tenerlos en cuenta? El TPICE parece distinguir al respecto entre los compromisos presentados durante la primera fase del procedimiento y aquellos presentados en segunda fase.

Así, en los asuntos que dieron lugar a las Sentencias BaByliss/Comisión¹⁸ y Philips/Comisión¹⁹, en los que se impugnó la decisión de autorización parcial (en primera fase y sujeta a compromisos) de la concentración SEB/Moulinex²⁰, las demandantes reprocharon a la Comisión el haber aceptado compromisos presentados tardíamente. En efecto, en el caso de autos, si bien SEB había presentado un primer paquete de compromisos dentro del plazo fijado en primera fase, la Comisión examinó igualmente dos versiones modificadas de tales compromisos, formuladas tras la expiración de dicho plazo, aceptando la segunda de ellas.

El TPICE concluyó que el plazo establecido para la presentación de compromisos en primera fase está concebido como un plazo imperativo para las partes de la concentración y que si estas últimas formulan propuestas fuera de dicho plazo, la Comisión no está obligada a tomarlas en consideración en dicha fase. El Tribunal completó lo anterior afirmando que nada impide, no obstante, a la Comisión tomar en consideración dichos compromisos extemporáneos en primera fase (y ello a pesar de que ni el Reglamento de aplicación ni la Comunicación sobre compromisos prevén explícitamente tal posibilidad), siempre que considere que dispone del tiempo necesario para evaluarlos y consultar a terceros. La Comisión, en particular, puede perfectamente considerar, habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, que un plazo inferior al fijado reglamentariamente es suficiente para proceder a dichas evaluaciones y consultas²¹. Ello resultará más factible, por regla general, cuando el paquete de compromisos presentado de forma extemporánea no introduzca más que modificaciones limitadas respecto de una propuesta presentada con anterioridad y ya examinada por la Comisión²², o bien cuando los nuevos com-

art. 8, el período de sesenta y cinco días hábiles para la presentación de compromisos se amplía automáticamente el mismo número de días hábiles.

¹⁸ Sentencia del TPICE de 3 de abril de 2003, BaByliss/Comisión, T-114/02, *Rec.*, p. II-1279.

¹⁹ Sentencia del TPICE de 3 de abril de 2003, Royal Philips Electronics/Comisión, T-119/02, *Rec.*, p. II-1433.

²⁰ Asunto COMP/M.2621. Esta decisión de autorización parcial iba referida únicamente a los mercados relevantes situados fuera de Francia. La Comisión remitió el análisis de los mercados franceses a las autoridades de dicho país, siendo esta decisión de reenvío igualmente impugnada en el asunto Philips/Comisión.

²¹ Sentencia BaByliss/Comisión, apartados 134 a 140; Sentencia Philips/Comisión, apartados 233 a 239.

²² Así, por ejemplo, cuando simplemente se amplíe el ámbito de aplicación temporal, en tér-

promisos respondan de manera inmediata a las objeciones formuladas por terceros respecto a la eficacia y viabilidad de dicha propuesta inicial (véase al respecto el apartado 37 de la Comunicación sobre compromisos)²³.

Esta amplia discrecionalidad de que goza la Comisión para decidir si acepta o no compromisos extemporáneos queda un tanto matizada durante la segunda fase del procedimiento administrativo, como tuvo ocasión de indicar el TPICE en la Sentencia EDP/Comisión²⁴. Se trataba de un recurso planteado por una de las partes notificantes de una concentración que había sido prohibida por la Comisión (el asunto EDP/ENI/GDP, que involucraba a los operadores dominantes del gas y la electricidad en Portugal)²⁵. La demandante alegaba que la Comisión no había examinado correctamente los compromisos propuestos, mientras que ésta defendía que dichos compromisos se habían presentado fuera de plazo y consideraba que no resolvían claramente, sin necesidad de investigaciones adicionales, todos los problemas de competencia identificados.

EL TPICE recordó que los Reglamentos no obligan a la Comisión a aceptar compromisos presentados fuera de plazo, considerando que ello responde al imperativo de celeridad que caracteriza el régimen comunitario de control de concentraciones²⁶. No obstante, el Tribunal observó que, en el apartado 43 de su Comunicación sobre compromisos, que la vincula de forma voluntaria, la Comisión ha aceptado examinar compromisos modificados, presentados extemporáneamente, en determinadas condiciones. El Tribunal concluyó que pueden tenerse en cuenta tales compromisos si se cumplen dos requisitos acumulativos, a saber, por una parte, que dichos compromisos resuelvan claramente y sin necesidad de investigación adicional los problemas de competencia identificados y, por otra parte, que haya tiempo suficiente para consultar a los Estados miembros (es decir, al Comité Consultivo). El Tribunal parece advertir a la Comisión que, en la práctica, si acepta analizar un paquete de compromisos presentados tardíamente, la pertinencia de su análisis sustantivo será objeto de pleno control jurisdiccional. La posibilidad de rechazar pura y simplemente unos compromisos por extemporáneos se reconoce sin ambages, sin embargo, respecto de aquellos que hayan sido presentados tras la consulta al Comité consultivo, incluso en el caso de que se trate de modificaciones menores a compromisos presentados con anterioridad²⁷.

minos de producto y geográficos, de obligaciones ya formuladas, o cuando se trate de «mejoras» de las mismas (por ejemplo, ampliar los términos de la concesión de una licencia exclusiva, o sustituir una propuesta de retirada de una marca en un territorio por una propuesta de concesión de una licencia exclusiva) (Sentencia BaByliss/Comisión, apartados 144 a 147; Sentencia Philips/Comisión, apartados 243 a 246).

²³ Sentencia BaByliss/Comisión, apartado 148; Sentencia Philips/Comisión, apartado 247.

²⁴ Sentencia del TPICE de 21 de septiembre de 2005, EDP/Comisión, T-87/05, aún no publicada en la *Recopilación*.

²⁵ Asunto COMP/M.3340.

²⁶ Ver a este respecto la Sentencia del TPICE de 28 de abril de 1999, Endemol/Comisión, T221/95, *Rec.*, p. II 1299, apartado 68.

²⁷ Sentencia EDP/Comisión, apartados 161 a 170.

B. EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE LA DEFENSA

En atención al art. 18 del Reglamento y al art. 13 del Reglamento de aplicación, antes de adoptar una decisión declarando, en particular, la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, la Comisión debe comunicar por escrito a las partes notificantes los cargos u objeciones identificados contra la operación, con el objetivo de darles la oportunidad de exponer sus alegaciones y puntos de vista al respecto. De acuerdo con el apartado 3.º del art. 18 del Reglamento, la Comisión debe basar sus decisiones únicamente en las objeciones respecto de las cuales las partes hayan podido formular sus alegaciones.

Esta exigencia de congruencia entre las objeciones finalmente retenidas en la decisión de la Comisión y aquéllas formuladas con anterioridad (en el pliego de cargos que el Ejecutivo comunitario dirige a las empresas afectadas) deriva necesariamente de la exigencia del respeto de los derechos de la defensa de los administrados en los procedimientos de competencia. Según una jurisprudencia consolidada, desarrollada, en particular, en el marco de recursos contra decisiones de sanción *ex arts.* 81 y 82 CE, el pliego de cargos debe contener una exposición de los motivos en términos suficientemente claros para facilitar a las empresas todos los datos necesarios para que puedan defenderse efectivamente antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva²⁸.

En los procedimientos de control de concentraciones, dicha exigencia de congruencia presenta un contenido adicional. En efecto, como declaró el TPICE en la Sentencia *Schneider/Comisión*²⁹, en tales procedimientos el pliego de cargos tiene también la finalidad de permitir a las partes notificantes plantearse la posibilidad de presentar medidas correctoras y, en particular, propuestas de cesión de activos, y medir, con la suficiente antelación, habida cuenta del imperativo de celeridad que caracteriza el sistema general del Reglamento, la amplitud necesaria de tales cesiones, con el fin de conseguir en tiempo oportuno que la operación notificada sea compatible con el mercado común³⁰. La Comisión debe, por consiguiente, precisar

²⁸ Sentencia del TJCE de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, *Rec.*, p. 1825, apartados 10 a 14; Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Comisión*, C-395/96P y C-396/96P, *Rec.*, p. I-1365, apartado 142.

²⁹ Sentencia citada en la nota 7 de este capítulo.

³⁰ Sentencia *Schneider/Comisión*, apartado 442. El TPICE parece considerar que este aspecto del respeto de los derechos de la defensa es, si cabe, más importante respecto a los asuntos de control de concentraciones, en los que, a diferencia de aquéllos basados en los arts. 81 y 82 CE, no se lleva a cabo una represión de comportamientos anticompetitivos ya consumados y cuya materialidad, en principio, no deben ignorar las empresas contra las que se dirige el procedimiento sancionador. En el marco del control de concentraciones, en efecto, se declara, en su caso, la incompatibilidad con el mercado común de una operación que afecta a la estructura competitiva de los mercados afectados, tras la realización de un análisis prospectivo de la situación de la competencia a que puede dar lugar en el futuro tal operación (ver los apartados 441 y 443 de la sentencia).

de modo particularmente claro los problemas de competencia planteados por la transacción propuesta, para poder permitir a las partes notificantes presentar eficazmente y a su debido tiempo los compromisos adecuados³¹.

En el asunto Schneider/Comisión, el TPICE consideró que el pliego de cargos no había permitido a la demandante medir en toda su amplitud los problemas de competencia identificados por la Comisión³². El Tribunal constató que la decisión de prohibición había concluido que la concentración notificada no sólo daba lugar a solapamientos de las cuotas de mercado de las partes notificantes en los mercados de componentes para cuadros de distribución y terminales eléctricos (efectos horizontales *stricto sensu*), sino que comportaba también el refuerzo de la posición de Schneider con respecto a sus clientes mayoristas, derivada de la adición de las ventas y de la posición preponderante de la empresa adquirida (Legrand) en el sector de los equipos eléctricos ultraterminales (se trataba, pues, de un efecto «transversal», derivado de la yuxtaposición de posiciones dominantes en mercados distintos pero vecinos). El Tribunal consideró que, por contra, el pliego de cargos se había centrado exclusivamente en el análisis individual de cada mercado sectorial afectado, sin identificar riesgo anticompetitivo alguno derivado de la pretendida yuxtaposición de posiciones dominantes previamente existentes. Ello había impedido, en opinión del Tribunal, que las partes notificantes presentaran, eficazmente y a su debido tiempo, los compromisos adecuados: en efecto, sus propuestas se habrían centrado en eliminar la adición de cuotas de mercado y no se habrían ocupado, en cambio, del refuerzo resultante de la suma del peso de Legrand y el de Schneider con respecto a los mayoristas (en suma, del problema del acceso privilegiado de la nueva entidad a la distribución). El Tribunal consideró, por tanto, que los derechos de la defensa de la demandante habían resultado menoscabados y anuló, en consecuencia, la decisión de la Comisión³³.

Conviene apuntar, finalmente, que el respeto de los derechos de la defensa exige también que las empresas afectadas dispongan, durante el

³¹ Sentencia Schneider/Comisión, apartado 444. Hay que advertir, en cualquier caso, que la decisión final no tiene por qué ser necesariamente una copia del pliego de cargos. Así, cabe admitir que, a la luz del escrito de respuesta de las partes, se añadan extremos al pliego de cargos, cuyos argumentos demuestren que pudieron efectivamente ejercer su derecho de defensa. La Comisión puede, asimismo, revisar o añadir argumentos de hecho o de Derecho en defensa de los cargos que imputa (ver, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, *Compagnie general maritime y otros/Comisión*, T-86/95, *Rec.*, p. II-1011, apartado 448). Por lo demás, evidentemente, la Comisión puede completar su apreciación de la compatibilidad de una concentración con el mercado común a la luz de las medidas correctoras propuestas por las partes notificantes, puesto que, a menudo, tales medidas no pueden ser contempladas antes del pliego de cargos (ver los apartados 438 y 439 de la sentencia).

³² Ver los apartados 445 a 459 de la sentencia.

³³ El Tribunal entendió, en particular, que se había dejado indirectamente a Schneider sin la posibilidad de obtener un consentimiento que la Comisión habría podido dar a los remedios propuestos, si se hubiera permitido a las partes notificantes presentar a su debido tiempo propuestas de cesión lo suficientemente amplias para resolver la totalidad de los problemas de competencia identificados por la Comisión a nivel de la distribución en Francia (ver el apartado 460 de la sentencia).

procedimiento administrativo, de la posibilidad de tener acceso al expediente de la Comisión («*access to file*»). En el asunto que dio lugar a la Sentencia General Electric/Comisión³⁴, la demandante mantuvo que la Comisión había cometido diversas irregularidades a este respecto, en particular al no proporcionarle la oportunidad de conocer las observaciones que varios terceros habían realizado con ocasión del *market test* de los paquetes de compromisos propuestos. El TPICE rechazó, sin embargo, las imputaciones de la demandante, considerando suficiente que la Comisión le hubiera hecho llegar un resumen de tales observaciones³⁵.

3. CUESTIONES SUSTANTIVAS

El análisis de los compromisos constituye una parte intrínseca del examen de la concentración, por lo que los Tribunales comunitarios han aplicado en esta sede su estándar clásico de control de legalidad de las decisiones de la Comisión sobre este tipo de operaciones. Ello no obstante, varias son las particularidades concretas del análisis de compromisos, en punto, en particular, a la carga de la prueba respecto a la suficiencia y la viabilidad de los mismos, la naturaleza respectiva de los compromisos presentados en la primera y segunda fase del procedimiento administrativo, o la necesaria compatibilidad de los compromisos con las normas de competencia. Finalmente, me parece interesante dedicar una particular atención al caso particular de los compromisos «de comportamiento».

A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS OPERACIONES DE CONTROL DE CONCENTRACIONES: EL ESTÁNDAR DE CONTROL JURISDICCIONAL

Una de las críticas tradicionales al régimen comunitario de control de las operaciones de concentración ha sido la pretendida ausencia de un verdadero control jurisdiccional efectivo de la actuación de la Comisión (a la cual, a su vez, se le ha reprochado su papel de «juez y jurado» en el proceso administrativo previo)³⁶. Sin entrar en la cuestión de si tal crítica fue alguna vez merecida, sí me parece innegable que la actuación de los tribunales comunitarios (en particular del TPICE) a lo largo de los últimos años demuestre que el juez comunitario lleva a cabo en la actualidad un control riguroso y en profundidad de las decisiones de la Comisión en este ámbito³⁷.

³⁴ Sentencia del TPICE de 14 de diciembre de 2005, General Electric/Comisión, T-210/01, aún no publicada en la *Recopilación*.

³⁵ Ver los apartados 678 a 687 de la sentencia. Ver igualmente, respecto a la problemática del acceso al expediente, el apartado 696 de la sentencia.

³⁶ WINCKLER, «Somme comments on procedure...», *op. cit.*

³⁷ VESTERDORF, «Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community Courts», *ECL*, marzo de 2005, pp. 3-33.

En este marco, resulta de particular interés la cuestión del estándar o test que debe regir la revisión judicial de las decisiones de la Comisión, o, lo que es lo mismo, el margen de discrecionalidad del que debe disfrutar tal autoridad en el desempeño de su actuación. Conviene recordar al respecto que el juez comunitario ejerce un «control de legalidad» sobre las decisiones de la Comisión³⁸. En efecto, se pronuncia sobre si la decisión impugnada ha incurrido en algún motivo de anulación (*i.e.*, incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder), pero no procede a un reexamen independiente de los méritos de la operación de concentración y no se pronuncia, por tanto, sobre la «oportunidad» de la autorización o de la prohibición de la misma. El Tribunal, en particular, no puede sustituir la apreciación de la Comisión por su propia apreciación³⁹. En la práctica, el Tribunal procede a un control completo de las cuestiones fácticas y jurídicas; en cambio, su control es más limitado o restringido respecto a lo que tradicionalmente se ha venido en denominar las «apreciaciones económicas complejas» realizadas por la Comisión.

Lo anterior es válido tanto cuando el Tribunal controla la validez del análisis de la Comisión respecto a si la operación notificada obstaculiza o no de forma significativa la competencia efectiva como cuando controla la decisión sobre los compromisos propuestos por las empresas afectadas. La siguiente cita de la Sentencia *Petrolesence/Comisión* ilustra claramente la doctrina del Tribunal en este ámbito:

«Según reiterada jurisprudencia, las normas materiales del [Reglamento] y, en particular, su art. 2, relativo a la apreciación de las operaciones de concentración, confieren a la Comisión cierta facultad de apreciación, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. Por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de aplicar las normas en materia de concentraciones, debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación inherente a las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones [...]. De ello se desprende que el control ejercido por el juez comunitario sobre las apreciaciones complejas de orden económico realizadas por la Comisión en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación que le otorga el [Reglamento] debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder. En particular, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación de orden económico de la Comisión mediante la suya propia»⁴⁰.

³⁸ El párrafo segundo del art. 21 del Reglamento atribuye, en efecto, al Tribunal el control de las decisiones de la Comisión en materia de concentraciones, lo cual no es más que la plasmación de la competencia general de dicha jurisdicción respecto al control de la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias prevista en el art. 230 del TCE.

³⁹ Es únicamente en materia de multas que el Tribunal dispone de una «competencia de plena jurisdicción», en el sentido del art. 229 TCE.

⁴⁰ Sentencia del TPICE de 3 de abril de 2003, *Petrolesence y SG2R/Comisión*, T-342/00, *Rec.*,

Parece obvio que la apreciación de la suficiencia y viabilidad de los compromisos constituye una de las tareas que exigen de la Comisión una «apreciación compleja de orden económico». En este sentido, el TPICE ha declarado recientemente, en su Sentencia EasyJet/Comisión⁴¹, que «la Comisión dispone de un amplio margen de apreciación para determinar la necesidad de obtener compromisos». Ello no implica, como se verá a continuación, que el Tribunal, pese a aplicar el citado estándar del «control manifiesto de aplicación», vaya a inhibirse del control de las apreciaciones de la Comisión. Así, el TPICE, en su Sentencia Tetra Laval/Comisión⁴², requirió de la Comisión la producción de «pruebas sólidas» («convincing evidence») en apoyo de sus apreciaciones⁴³. A su vez, al conocer del recurso de casación presentado por la Comisión en este asunto, el TJCE declaró, en su Sentencia Comisión/Tetra Laval⁴⁴, que el juez comunitario no tiene por qué abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión; por el contrario, «no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos»⁴⁵.

p. II-1161, apartado 101. La formulación inicial de este principio proviene de la Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Francia y Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Comisión, C-68/94 y C-30/95, Rec., p. I-1375 (sentencia Kali und Salz), apartados 223 y 224. Ver igualmente, por ejemplo, las Sentencias del TPICE de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión, T-102/96, Rec., p. II-753, apartados 164 y 165, y de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec., p. II-2585, apartado 64, y la Sentencia EDP/Comisión, apartado 151.

⁴¹ Sentencia del TPICE de 4 de julio de 2006, EasyJet/Comisión, T-177/04, aún no publicada en la *Recopilación*, apartado 128. El extracto citado hace referencia a los compromisos adoptados en primera fase (aquéllos necesarios para «disipar las serias dudas que plantea una operación de concentración»), pero es probablemente extrapolable a todo tipo de compromisos.

⁴² Sentencia del TPICE de 25 de octubre de 2002, Tetra Laval/Comisión, T-5/02, Rec., p. II-4381

⁴³ Apartado 155 de la Sentencia Tetra Laval/Comisión. En el mismo sentido, Sentencia Airtours/Comisión, apartado 63.

⁴⁴ Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03P, aún no publicada en la *Recopilación*.

⁴⁵ Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03P, aún no publicada en la *Recopilación*, apartado 39. El TJCE precisó igualmente que: «un análisis prospectivo, como los que resultan necesarios en materia de control de las concentraciones, requiere ser efectuado con gran atención, puesto que no se trata de examinar hechos del pasado, en relación con los cuales se dispone con frecuencia de numerosos datos que permiten comprender sus causas, ni tan siquiera de hechos presentes, sino precisamente de prever hechos que se producirán en el futuro, según una probabilidad mayor o menor, en el caso de que no se adopte ninguna decisión que prohíba la concentración proyectada o que precise las condiciones de la misma» (apartado 42 de la sentencia). Así, «un análisis [prospectivo] requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquellas cuya probabilidad sea mayor» (apartado 43 de la sentencia).

B. LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO A LA SUFICIENCIA Y VIABILIDAD DE LOS COMPROMISOS PROPUESTOS

En el sistema previsto por el Reglamento, los compromisos son presentados por las partes notificantes (no son, por tanto, impuestos unilateralmente por la Comisión, como más adelante se precisa). En la práctica, suele establecerse un diálogo entre las empresas y la autoridad administrativa, con el objetivo de identificar a un paquete de remedios susceptible de resolver, de manera adecuada y suficiente, todos los problemas de competencia identificados y que, a la vez, pueda ser asumido por las partes en el marco de su proyecto empresarial. ¿Quién debe probar, en tales circunstancias, que tales compromisos son, o no, suficientes y viables?

El TPICE se ocupó de esta cuestión en su Sentencia EDP/Comisión, concluyendo que se desprende del Reglamento (en particular de sus arts. 2, apartado 2.º, y 8, apartado 2.º) que incumbe a la Comisión probar que una operación de concentración no puede ser declarada compatible con el mercado común, con independencia de que, en el transcurso del procedimiento administrativo, haya resultado modificada o no por compromisos⁴⁶. La carga de la prueba corresponde, pues, a la Comisión, que no puede declarar una concentración incompatible más que si los compromisos presentados aparecen como insuficientes⁴⁷.

El Tribunal se mostró, en este sentido, un tanto reticente respecto a la solución adoptada por la Comisión en su Comunicación sobre los compromisos, el punto 6 de la cual establece que, si bien es responsabilidad de la Comisión probar que una concentración crea o fortalece estructuras de mercado anticompetitivas, incumbe a las empresas notificantes demostrar que las soluciones propuestas, una vez aplicadas, eliminarán los problemas de competencia en cuestión. En efecto, el Tribunal estimó que la Comisión no puede llegar a la conclusión de que, en la duda, está obligada a prohibir la operación, sino que le corresponde, en última instancia, demostrar que tal operación, en su versión modificada, en su caso, por compromisos, debe ser prohibida. El Tribunal precisó a este respecto que el hecho de que la Comisión considere insuficientes unos compromisos válidamente presentados (ya sea como proposición inicial, ya sea, conforme al punto 43 de la citada Comunicación, como modificación de los compromisos iniciales) constituye una inversión indebida de la carga de la prueba si la Comisión fundamenta esa apreciación de insuficiencia no

⁴⁶ El TPICE establece que la Comisión debe examinar la concentración tal y como ésta resulta modificada por los compromisos propuestos por las partes, pero acepta que la Comisión pueda, en primer lugar, analizar los efectos anticompetitivos de la fusión y, en segundo lugar, los compromisos propuestos respecto a cada problema identificado, siempre y cuando llegue a una conclusión global (ver los apartados 77 y 78 de la sentencia). En particular, entiende el Tribunal, no puede exigirse de la Comisión que, tras cada oferta de compromisos, reinicie su examen de los efectos anticompetitivos como si la operación hubiera sido notificada de nuevo (ver el apartado 80 de la sentencia).

⁴⁷ Ver los apartados 61 y 62 de la sentencia.

en una valoración de los compromisos basada en criterios objetivos y verificables, sino en el simple aserto de que las partes no han aportado pruebas suficientes para que se pueda realizar una apreciación sobre el fondo. En cualquier caso, por supuesto, la Comisión tiene derecho a rechazar compromisos no vinculantes o cuyos efectos pueden ser reducidos, o incluso eliminados, por las empresas afectadas⁴⁸.

C. NATURALEZA DE LOS COMPROMISOS CONTRAÍDOS DURANTE LA PRIMERA O LA SEGUNDA FASE DEL EXAMEN DE LA OPERACIÓN

Como se ha indicado, resulta posible presentar compromisos tanto en la primera como en la segunda fase del procedimiento administrativo ante la Comisión⁴⁹. El TPICE ha establecido a este respecto, en su Sentencia BaByliss/Comisión, que no existe ninguna diferencia de naturaleza entre los compromisos contraídos en una u otra fase. No es menos cierto, en cualquier caso, que el alcance de tales compromisos puede diferir. En efecto, la autorización en primera fase de una concentración sólo puede concederse si se han disipado totalmente las «serias dudas» que la operación pudiera plantear. Por ello mismo, los compromisos en primera fase han de constituir una respuesta directa y suficiente para excluir claramente tales dudas, ofreciendo una respuesta directa a un problema de competencia claramente determinable⁵⁰. En definitiva, el estándar de control será necesariamente más estricto en primera fase.

D. LA COMPATIBILIDAD DE LOS COMPROMISOS CON LAS NORMAS DE COMPETENCIA

El TPICE ha precisado, en sus Sentencias BaByliss/Comisión y Philips/Comisión que la Comisión no puede aceptar remedios que sean contrarios a las reglas de competencia instituidas por el Tratado, es decir, remedios que perjudiquen la preservación o el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado común⁵¹. En este sentido, la Comisión debe, llegado el caso, proceder a un análisis de la compatibilidad de las soluciones propuestas en atención a los criterios de los apartados 1 y 3 del art. 81 CE. En los casos de autos, se trataba, en particular, de una cláusula que, en el marco del compromiso de concesión de licencias de marca contraído por las partes de la concentración, obligaba al licenciario a concentrar la venta de los productos amparados por la licencia en su territorio. El Tribunal consideró que dicha cláusula no tenía por objeto

⁴⁸ Ver los apartados 64 a 72 de la sentencia.

⁴⁹ Arts. 6 y 8 del Reglamento y art. 19 del Reglamento de aplicación.

⁵⁰ Apartados 11 y 37 de la Comunicación sobre compromisos. En el mismo sentido, Sentencia Philips/Comisión, apartados 79 y 80.

⁵¹ Ver los apartados 421 y 216, respectivamente, de dichas sentencias.

o por efecto, en principio, restringir la competencia en el sentido del art. 81, apartado 1, CE.

Por otro lado, tal y como se analizará con más detalle en un epígrafe posterior, la Comisión, en el marco de su control de la ejecución de los compromisos (por ejemplo, en el momento de valorar la idoneidad del adquirente del negocio a ceder), deberá asegurarse de que la aplicación concreta de las propuestas de compromisos no plantea nuevos problemas de competencia⁵².

E. EL CASO PARTICULAR DE LOS COMPROMISOS «DE COMPORTAMIENTO»

Tradicionalmente, la Comisión se ha mostrado decididamente favorable a privilegiar en sus decisiones los compromisos de carácter estructural (así, la cesión de activos de las empresas afectadas), entendiéndolos que resultan preferibles, puesto que impiden definitivamente, o al menos de manera duradera, que aparezca o se refuerce el obstáculo a la competencia efectiva identificado, sin requerir, por otra parte, medidas de control a medio o largo plazo. La venta de una filial activa en el mercado relevante es susceptible, en efecto, de reducir de manera inmediata la cuota de mercado de las partes notificantes, permitiendo la entrada en tal mercado de un nuevo operador independiente o reforzando la posición de un competidor ya presente⁵³. Como corolario a esta postura, la Comisión se ha mostrado normalmente reacia a aceptar compromisos de comportamiento («*behavioral remedies*»), en particular aquellos compromisos que, en el punto 9 de su Comunicación sobre compromisos, califica de «meras promesas de comportarse de determinada forma». En opinión de la Comisión, los compromisos de comportamiento no presentan, por regla general, una solución adecuada a los problemas de competencia y plantean numerosas dificultades en cuanto al control de su ejecución.

Los Tribunales comunitarios, si bien en un principio parecían francamente en sintonía con esta doctrina de la Comisión, han ido matizando progresivamente su jurisprudencia al respecto, en particular, en mi opinión, a medida que han pasado a conocer de asuntos relativos a concen-

⁵² Apartado 59 de la Comunicación. Conviene tener presente, en cualquier caso, que determinadas cesiones pueden dar lugar a operaciones de concentración sujetas a una obligación de notificación, sea a nivel comunitario o nacional.

⁵³ El análisis de los compromisos estructurales, en cualquier caso, no siempre resulta particularmente sencillo, en particular en punto tanto a sus efectos concretos en la situación de competencia como a su viabilidad. En la Sentencia General Electric/Comisión, el TPICE apuntó al respecto que los compromisos estructurales deben permitir concluir a la Comisión, con seguridad, que «*será posible ejecutarlos y que las nuevas estructuras comerciales que se derivan de ellos serán lo suficientemente viables y duraderas para que la creación o la consolidación de una posición dominante, o los obstáculos a una competencia efectiva, que los compromisos tengan como finalidad impedir, no podrá producirse en un futuro relativamente próximo*» (apartado 555 de la sentencia).

traciones en los que entran en juego no ya efectos horizontales o verticales, sino efectos de conglomerado⁵⁴.

Así, en la Sentencia Gencor/Comisión⁵⁵, el TPICE sentó el principio de que el objetivo fundamental de los compromisos es garantizar estructuras de mercado competitivas, descartando que puedan aceptarse propuestas consistentes en meras promesas de no abusar de una posición dominante creada o reforzada por la concentración prevista. El Tribunal rechazó, sin embargo, la tesis de la Comisión según la cual sólo los compromisos estructurales serían aceptables⁵⁶, estableciendo que es indiferente que el compromiso propuesto pueda calificarse de compromiso de comportamiento o de compromiso estructural⁵⁷. En cualquier caso, el Tribunal admitió que los compromisos de carácter estructural son en principio preferibles⁵⁸. En el mismo sentido, más recientemente, el TPICE, en su Sentencia BaByliss/Comisión, ha indicado que, a menudo, la cesión de activos constituye la solución más adecuada para subsanar con facilidad un problema de competencia, en particular en caso de existir coincidencia horizontal⁵⁹.

El TPICE, sin embargo, ya en la Sentencia Gencor/Comisión, precisó que no puede excluirse *a priori* qué compromisos que a primera vista sean de comportamiento, como la no utilización de una marca durante un período determinado o la puesta a disposición de los terceros competidores de una parte de la capacidad de producción de la empresa surgida de la concentración, o el acceso a una infraestructura esencial en condiciones

⁵⁴ Recuérdese que los efectos horizontales se producen cuando las empresas participantes en la fusión son competidores (actuales o potenciales) en el mismo mercado de referencia. Los efectos verticales se predicen de aquellos supuestos en que las empresas afectadas operan en estadios distintos de un mismo proceso de producción o distribución. Finalmente, los efectos de conglomerado tienen lugar cuando las empresas en cuestión están activas en mercados relacionados, a pesar de no ser estrictamente ni competidores en el mismo mercado ni ser respectivamente clientes/proveedores mutuos. Respecto a estos últimos, conviene apuntar que el TPICE se ha inclinado por reconocerles una naturaleza específica; así, en la Sentencia Tetra/Comisión, el Tribunal afirmó, por un lado, que no cabe presumir con carácter general que las concentraciones de tipo de conglomerado produzcan efectos contrarios a la competencia (aunque tampoco se puede descartar tal posibilidad), precisando, por otro lado, que hay que distinguir aquellos efectos estructurales (los directamente derivados de la creación de una estructura económica,) de aquellos otros de comportamiento (los que sólo se producen si la entidad nacida de la concentración aplica ciertas prácticas comerciales); esta distinción afecta en gran medida al análisis de los diferentes compromisos que pueden ofrecer las empresas afectadas (ver los apartados 142 y 147 de la sentencia).

⁵⁵ Sentencia citada en la nota 40 de este capítulo

⁵⁶ La Comisión defendió ante el Tribunal, en particular, que, en el contexto del Reglamento, la solución a la concentración de poder económico en el mercado, resultante de una concentración, debe ser ella misma de naturaleza estructural (ver el apartado 311 de la sentencia). La Comisión ha matizado desde entonces su postura al respecto.

⁵⁷ La caracterización de un compromiso como estructural o de comportamiento, por otro lado, no siempre es tarea sencilla. En su Sentencia EasyJet/Comisión, por ejemplo, el TPICE entendió que una cesión de franjas horarias para vuelos comerciales («slots») podía calificarse de estructural, en particular porque era por tiempo ilimitado (salvo circunstancias excepcionales) y porque tales franjas no podían ser recuperadas una vez cedidas (apartado 183).

⁵⁸ Ver los apartados 316 a 319 de la sentencia.

⁵⁹ Ver el apartado 170 de la sentencia.

no discriminatorias, puedan también eliminar los obstáculos a una competencia efectiva. Resulta necesario, por consiguiente, que la Comisión proceda a examinar caso por caso los compromisos propuestos. En el caso de autos, el Tribunal confirmó que la Comisión había obrado de manera adecuada al rechazar el compromiso consistente en el mantenimiento de la producción de las partes en un nivel determinado, entendiéndolo que ello no resolvía el problema de la estructura oligopolística creada por la concentración en el mercado mundial del platino y del rodio⁶⁰.

En la Sentencia Tetra/Comisión, el TPICE se pronunció sobre el análisis de competencia que requieren las operaciones de concentración de tipo de conglomerado, partiendo de la especificidad de los efectos propios de tales operaciones (en particular, el hecho de que, a menudo, los efectos anticompetitivos previsibles no resultan inmediatamente de la operación de concentración, sino que sólo se producirán, eventualmente, pasado cierto tiempo y como consecuencia del comportamiento que adopte la nueva entidad en los mercados relevantes, especialmente en aquellos en los que ocupaba una posición dominante previa). A este respecto, el Tribunal precisó que el hecho de que la demandante propusiera compromisos relativos a su comportamiento futuro era un dato que la Comisión habría debido tener en cuenta necesariamente al valorar la probabilidad de que, tras la fusión, la nueva entidad se comportara de un modo tal que obstaculizara la competencia efectiva en uno o varios de los mercados pertinentes. El Tribunal entendió que, en el caso de autos, la Comisión no había tomado en consideración las implicaciones de dichos compromisos al analizar la futura creación de una posición dominante mediante prácticas de apalancamiento⁶¹. Entre los compromisos ofrecidos por la demandante destacaba, en particular, el relativo a la separación entre la empresa adquirida (Sidel) y las sociedades adquirentes, ofrecido en principio por un período de diez años, y según el cual no se presentaría ninguna «oferta conjunta sobre productos en cartón Tetra Pak y máquinas estiradoras sopladoras de Sidel». El Tribunal utilizó este compromiso para excluir tales conductas del ámbito de su análisis de las posibilidades de la demandante de practicar un apalancamiento entre los mercados pertinentes⁶². Conviene apuntar, finalmente, que el TJCE confirmó en casación, en su Sentencia Comisión/Tetra Laval, que el hecho de que las partes propongan compromisos relativos a su comportamiento futuro es un factor que la Comisión debe tener en cuenta necesariamente al valorar la probabilidad de que la entidad resultante de la fusión se comporte de un modo tal que permita la creación de una posición dominante en uno o varios de los mercados relevantes⁶³.

En las Sentencias BaByliss/Comisión y Philips/Comisión, el TPICE examinó, por un lado, los compromisos consistentes en la celebración de

⁶⁰ Ver los apartados 319 a 322 de la sentencia.

⁶¹ Ver los apartados 154 y 159 a 161 de la sentencia.

⁶² Ver los apartados 219 a 224 de la sentencia.

⁶³ Ver los apartados 85 a 88 de la sentencia.

acuerdos exclusivos de licencia de la marca Moulinex en nueve Estados miembros, durante un período de cinco años, y, por otro, el compromiso del grupo SEB, durante el período de vigencia del contrato de licencia y durante un período de tres años tras su expiración, de abstenerse de comercializar cualquier producto con la marca Moulinex. El Tribunal estableció que no puede excluirse *a priori* que un acuerdo de licencia pueda constituir una medida adecuada para subsanar los problemas de competencia provocados por una operación de concentración (en particular si, como en el caso de autos, las marcas revisten una importancia primordial en el sector afectado por la misma, en la medida en que constituyen uno de los principales factores determinantes de la elección de los consumidores finales)⁶⁴. A continuación, el Tribunal procedió a un examen minucioso de diversas características concretas de los acuerdos de licencia de marca en cuestión (duración de los mismos, obligaciones de aprovisionamiento impuestas a determinados licenciatarios, otorgamiento de las mismas marcas a diferentes operadores en cada Estado, etc.), descartando las imputaciones alegadas por las demandantes⁶⁵.

Finalmente, conviene señalar que, en la Sentencia EDP/Comisión, el TPICE examinó igualmente la viabilidad de diversos compromisos de comportamiento, tales como la oferta de arrendamiento de una determinada capacidad de producción de energía eléctrica o la propuesta de suspensión de los derechos de voto de la demandante en el Comité Ejecutivo de una sociedad en la que ésta participaba. El Tribunal rechazó las alegaciones de la demandante, precisando que corresponde a las partes notificantes presentar compromisos que sean exhaustivos y efectivos en todos sus aspectos, especialmente si se trata de compromisos de comportamiento que presentan deficiencias intrínsecas respecto a su naturaleza vinculante, que justifican su seguimiento *ex post*⁶⁶. Resulta de particular interés, por lo demás, el análisis que el Tribunal realiza de los diferentes compromisos concretos presentados por las partes en los mercados del gas y de la electricidad (examen en el que aplica de manera estricta, por otro lado, el test del «error manifiesto de apreciación»), así como la ponderación que el Tribunal efectúa del efecto global de tales compromisos en uno y otro mercado. En particular, el Tribunal llegó a la conclusión de que dichos compromisos eran susceptibles de acarrear una sensible mejora de la situación de la competencia en los mercados del gas, pero entendió que no resolvían, sin embargo, los problemas de competencia que la concentración provocaría en los mercados de la electricidad (concretamente, las ventajas que procuraban esos compromisos no llevarían a una situación de la competencia en los mercados de la electricidad equivalente o mejor que la que resultaría de la entrada potencial del operador dominante en los mercados del gas —GDP— en los mercados eléctricos, de no producirse la concentración)⁶⁷.

⁶⁴ Ver los apartados 168 a 181 de la Sentencia BaByliss/Comisión.

⁶⁵ Ver los apartados 205 a 226, 237 a 243 y 248 a 253 de la Sentencia BaByliss/Comisión.

⁶⁶ Ver los apartados 99 a 106 de la sentencia.

⁶⁷ Ver los apartados 207 a 237 de la sentencia.

4. LA IMPUGNACIÓN POR LAS EMPRESAS NOTIFICANTES DE LOS COMPROMISOS OFRECIDOS A LA COMISIÓN Y ACEPTADOS POR ÉSTA

Cambiando de tercio, me parece interesante dedicar un breve comentario a la cuestión de la posibilidad, para las empresas notificantes, de impugnar los compromisos incorporados a la decisión de compatibilidad adoptada por la Comisión.

Tal posibilidad es imaginable, en particular, en dos supuestos, que en la práctica se solaparán frecuentemente. En primer lugar, cuando las empresas afectadas consideran que los compromisos incorporados a la decisión de autorización como condiciones u obligaciones les han sido materialmente «impuestos» por la Comisión (formalmente, conviene recordarlo, son las empresas notificantes quienes los proponen) y que son excesivos o desproporcionados respecto a los problemas de competencia identificados. En segundo lugar, cuando estas empresas entienden que la Comisión cometió un error al considerar que la operación daba lugar a un obstáculo significativo a una competencia efectiva y consideran que, por consiguiente, no resultaban necesarios los compromisos contraídos.

La admisibilidad de tales acciones no es una cuestión pacífica. Es legítimo preguntarse, en particular, si la decisión de compatibilidad de una concentración con el mercado común (incluso sujeta a condiciones u obligaciones) puede ser caracterizada en puridad como acto lesivo. Cabe preguntarse también, por otro lado, si no debiera concluirse que, en el caso en que las partes notificantes no acepten el análisis de la Comisión, bien sobre la existencia de problemas de competencia, bien sobre la naturaleza y el alcance de los compromisos necesarios para resolverlos, el cauce procedimental apropiado para que aquéllas hagan valer sus derechos es el de impugnar la previsible declaración de incompatibilidad de la Comisión⁶⁸, en lugar de proponer compromisos cuya necesidad no se comparte e impugnar a continuación la decisión de autorización que los formaliza. Por todo ello, no resulta evidente que las partes notificantes dispongan, en ausencia al menos de circunstancias especiales, de un interés legítimo para ejercitar una acción de este tipo.

En este marco, una reciente Sentencia del TPICE resulta de particular interés. Se trata de la Sentencia *Cementbouw/Comisión*⁶⁹, que dirimió un recurso presentado por una de las empresas parte en un complejo conjunto de reestructuraciones empresariales entre sociedades holandesas activas en los mercados de materiales de construcción, el cual, en opinión de la Comi-

⁶⁸ En su caso acompañando el recurso de anulación de una demanda de utilización del procedimiento acelerado o «*fast track*» (ver al respecto el art. 76 bis del Reglamento de procedimiento del TPICE).

⁶⁹ Sentencia del TPICE de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw/Comisión*, T-282/02, aún no publicada en la *Recopilación*.

sión, constituía una operación de concentración de dimensión comunitaria. Se trata, conviene advertirlo de entrada, de un asunto que presentaba unas características sumamente particulares. Así, en primer lugar, hay que señalar que las empresas afectadas no habían notificado inicialmente su proyecto de concentración a la Comisión; de hecho, no procedieron a hacerlo hasta que la Comisión les conminó a ello⁷⁰. La demandante, en efecto, defendió ante el Tribunal, sin éxito por cierto, que la Comisión no disponía de competencia para examinar las transacciones controvertidas. En segundo lugar, si bien la Comisión autorizó la concentración con compromisos, dada la amplitud y la naturaleza de los mismos, me parece legítimo plantearse si, *de facto*, no se trataba en realidad de una decisión de prohibición.

En cualquier caso, formalmente al menos, nos encontramos ante un recurso presentado por una de las partes notificantes contra una decisión de autorización sujeta a compromisos. En el marco del mismo, además de, como se ha indicado, impugnar la competencia de la Comisión para adoptar tal decisión, la demandante ponía en tela de juicio tanto la creación por la operación de una posición dominante como los compromisos incorporados a la decisión. Ello no obstante, la Comisión no impugnó ante el Tribunal la admisibilidad de la acción, ni éste examinó de oficio tal cuestión. En mi opinión, no resulta, sin embargo, prudente concluir de la actitud de la Comisión en el caso de autos, dada la excepcionalidad del mismo, que esta última renunciará en el futuro a solicitar la declaración de inadmisibilidad de aquellas acciones presentadas por las partes notificantes contra los compromisos ofrecidos por las mismas e incorporados a decisiones de autorización. La cuestión de la admisibilidad de tales acciones queda, por consiguiente, presumiblemente abierta.

La Sentencia Cementbouw/Comisión presenta, por lo demás, otros aspectos de interés, que enlazan con las hipótesis que he formulado al inicio de este epígrafe. Así, en primer lugar, frente a las alegaciones de la demandante respecto del carácter presuntamente desproporcionado de los compromisos definitivamente aceptados por la Comisión, el Tribunal precisó que, para que puedan ser aceptados, los compromisos de las partes deben no sólo ser proporcionales al problema de competencia identificado por la Comisión en su decisión, sino también eliminarlo por completo⁷¹. El Tribunal reconoció que, en el caso de autos, uno de los compromisos ofrecidos por las partes iba más allá del mero restablecimiento de la situación anterior a la operación de concentración notificada⁷²; no obstante,

⁷⁰ Asunto COMP/M.2650, Haniel/Cementbouw/JV (CVK).

⁷¹ El TPICE se ha pronunciado sobre las cuestiones ligadas a la proporcionalidad de los compromisos en otras sentencias. Así, por ejemplo, en el asunto BaByliss/Comisión consideró que, en el caso de autos, exigir la cesión de los activos intangibles constituidos por los derechos de marca habría equivalido, en la práctica, a prohibir parcialmente la concentración, lo que hubiera sido contrario al principio de proporcionalidad si los compromisos de concesión de una licencia de marca eran suficientes para eliminar los problemas de competencia (ver el apartado 173 de la sentencia). Ver igualmente los apartados 133 y siguientes de la Sentencia EasyJet/Comisión.

⁷² Se trataba, en particular, del compromiso de proceder a la disolución, en un plazo determi-

precisó que las partes que realizan una notificación no están obligadas a limitarse a proponer compromisos dirigidos estrictamente a restablecer la situación de la competencia anterior y que la Comisión está facultada para aceptar todos los compromisos que le permitan adoptar una decisión por la que se declare que una operación es compatible con el mercado común. Ante una situación como la descrita (*i.e.*, las partes ofrecen remedios que van más allá de lo rigurosamente necesario), a la Comisión no le quedaría otra opción que aceptar los compromisos propuestos: en efecto, no puede, sin violar el Reglamento, ni declarar la incompatibilidad de la concentración ni imponer unilateralmente, en su decisión de autorización, compromisos diferentes a los contraídos por las partes notificantes⁷³.

En segundo lugar, hay que apuntar que el Tribunal descartó en su sentencia las alegaciones de la demandante en atención a las cuales la Comisión, mediante una presión arbitraria, le habría «forzado» a proponer los compromisos finalmente contraídos. El Tribunal consideró, en efecto, que la demandante no había demostrado tal imputación. En particular, el Tribunal, aún aceptando que la Comisión ejerció «cierta influencia» en el contenido de los compromisos propuestos por las partes (así, por ejemplo, al mencionar en el pliego de cargos algunas medidas que, en su opinión, resultaban necesarias para restablecer la competencia), estimó que ello no constituía en modo alguno una «presión arbitraria»⁷⁴.

5. EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS COMPROMISOS

La ejecución y la aplicación de los compromisos, que tienen lugar tras la adopción de la decisión de compatibilidad de la concentración en cuestión, proporcionan una nueva ocasión para que se produzcan divergencias entre las empresas afectadas y los servicios de la Comisión, en particular respecto al cumplimiento correcto y oportuno de los mismos y de aquellas garantías concretas contenidas en las condiciones y obligaciones que acompañan tal decisión. Por lo demás, en esta fase se incorporan frecuentemente nuevos actores al procedimiento, en particular los candidatos a adquirir los negocios o actividades cuya cesión se ha previsto.

nado, de la organización común de ventas controlada conjuntamente por las partes en la operación de concentración (ver el apartado 308 de la sentencia).

⁷³ Ver los apartados 303 a 312 de la sentencia. La argumentación del Tribunal merece, creo, una reflexión adicional. Si bien, como he indicado, estimo que la cuestión de la admisibilidad general de los recursos presentados por las partes notificantes contra decisiones de autorización con compromisos sigue abierta, el Tribunal parece haber apuntado ya cuál será el test sustantivo que aplicará a los motivos fundados en la invocación, en tales acciones, de una vulneración del principio de proporcionalidad por el hecho de la aceptación de determinados compromisos. En efecto, la cuestión clave no será tanto la de si los compromisos finalmente aceptados eran «desproporcionados» o no respecto del problema de competencia existente, sino si (1) dichos compromisos eran «suficientes» para eliminar tal problema, y si (2) las partes habían propuesto o no otros paquetes de compromisos que, siendo menos restrictivos, resolvieran igualmente los problemas de competencia creados por la concentración.

⁷⁴ Ver los apartados 313 a 319 de la sentencia.

El TPICE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el control de la ejecución de los compromisos en su Sentencia *Petrolescence/Comisión*. Se trataba de un recurso presentado por una empresa que en el pasado había desarrollado actividades de distribución de derivados del petróleo y por su filial especializada en la gestión de restaurantes, que habían sido seleccionadas por TotalFina como adquirentes de seis de las estaciones de servicio que esta última se había comprometido a ceder en el marco de los compromisos propuestos para obtener la autorización de su adquisición de Elf Aquitaine⁷⁵. La Comisión, mediante escrito dirigido a TotalFina Elf, había estimado que la candidatura de las demandantes no permitiría mantener y desarrollar una competencia efectiva en los mercados afectados⁷⁶. Tras ello, TotalFina Elf había presentado a la Comisión un nuevo grupo de compradores potenciales, que no incluía a las demandantes y que fue finalmente autorizado.

Conviene apuntar, en primer lugar, que el TPICE rechazó los argumentos presentados por la Comisión contra la admisibilidad del recurso, fundados, en sustancia, en que la decisión impugnada no habría descartado de forma definitiva a las demandantes como posibles cesionarios, sino que la exclusión de éstas del proceso de desinversión habría resultado de la decisión comercial unilateral de TotalFina Elf. El Tribunal, en mi opinión de manera totalmente acertada, privilegió en su razonamiento un enfoque en nada formalista, demostrando una perfecta comprensión de la manera en que las negociaciones sobre la ejecución de los compromisos tienen lugar⁷⁷. En efecto, el TPICE observó que, en el caso de autos, el respeto del conjunto de los compromisos sometidos a la Comisión era una condición para poder autorizar el proyecto de concentración de TotalFina Elf y que la elección de los cesionarios por esta última estaba sometida a la aprobación de la Comisión; pues bien, la decisión impugnada, al considerar que los demandantes no cumplían los requisitos oportunos, provocó que TotalFina Elf no pudiera, en aquel momento, cederles las estaciones de servicio de que se trataba sin poner en tela de juicio el proyecto de concentración. La decisión impugnada, en suma, más allá de su caracteri-

⁷⁵ Asunto COMP/M.1628, TotalFina/Elf, resuelto por Decisión 2001/402/CE, de 9 de febrero de 2000 (*DO*, L 143, 2001, p. 1). La Comisión concluyó que la operación de concentración controvertida suponía la creación de una posición dominante en el mercado de la venta de combustibles en autopista en Francia y condicionó la autorización a la cesión, por TotalFina, de setenta estaciones de servicio de las marcas Elf, Total y Fina situadas en las autopistas francesas. Los cesionarios de las estaciones de servicio debían ser autorizados por la Comisión y responder, para ello, a las condiciones establecidas en los compromisos (ver los apartados 1 a 12 de la sentencia).

⁷⁶ La Comisión tomó en consideración que la demandante no disponía de restaurantes en las estaciones de servicio que se proponía adquirir, por lo que no podría aplicar inmediatamente las sinergias previstas entre la actividad de restaurador y la distribución de combustibles. Además, debería superar obstáculos considerables para obtener márgenes de maniobra competitivos. Se trataba, por otra parte, de un nuevo participante sin experiencia reciente en el mercado de la venta al por menor de combustibles, que tendría un reducido poder de negociación frente a las refinerías francesas de cuyo abastecimiento dependería. Finalmente, el escaso número de estaciones a adquirir limitaría sus economías de escala y de logística (ver los apartados 15 a 17 de la sentencia).

⁷⁷ Ver los apartados 36 a 42 de la sentencia.

zación formal, constituía de facto una negativa por parte de la Comisión a aprobar la candidatura de las demandantes, modificando así de forma caracterizada su situación jurídica⁷⁸. En cualquier caso, está por ver si el TPICE se mostrará igualmente favorable a la admisibilidad de este tipo de recursos en aquellos casos en los que la decisión de las partes notificantes de descartar a un potencial adquirente de una actividad o negocio a desinvertir se produzca sin que medie ningún escrito de la Comisión pronunciándose contra tal candidatura (incluso *prima facie* y de manera no definitiva), pero después de contactos informales entre los servicios de la Comisión y las empresas afectadas en los que los primeros formulan dudas u objeciones al respecto.

Por lo que hace al fondo del asunto, el TPICE desestimó todos los motivos invocados por las demandantes, inclinándose, en mi opinión, por reconocer un amplio margen discrecional a la Comisión en su labor de control de la ejecución de los compromisos, entendiendo, en particular, que las condiciones y obligaciones impuestas «*requieren un atento examen de las circunstancias que, según cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia*» y que, por consiguiente, las demandantes deben probar que la apreciación que la Comisión hizo de su candidatura era «*manifiestamente errónea*»⁷⁹. Así, el Tribunal entendió que la cláusula según la cual «*los cesionarios deberán ser operadores viables, potencial o actualmente presentes en los mercados en cuestión y capaces de mantener o desarrollar una competencia efectiva*» permitía a la Comisión tener en cuenta, para rechazar a un cesionario potencial, determinados criterios que no constaban expresamente en el texto de los compromisos⁸⁰. Por otro lado, el Tribunal confirmó que, en la aceptación o no de un cesionario potencial, la Comisión puede guiarse no por la solvencia de éste y la viabilidad de la operación, sino por la susceptibilidad de esta última de preservar la competencia efectiva en el mercado de que se trata.

⁷⁸ Recuérdese que, según una jurisprudencia reiterada, constituyen actos o decisiones que pueden ser objeto de un recurso de anulación, en el sentido del art. 230 CE, las medidas que produzcan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de la parte demandante, modificando de forma caracterizada la situación jurídica de ésta (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, *Rec.*, p. 2639, apartado 9).

⁷⁹ Ver los apartados 102 y 103 de la sentencia.

⁸⁰ Por ejemplo, el estar ya presente en el mercado en cuestión y tener una experiencia reciente en las actividades de que se trata. Ver los apartados 64 y 65 de la sentencia.

GENERAL ELECTRIC CONTRA COMISIÓN: ¿UN EPÍLOGO?

Álvaro PASCUAL

Abogado

Pérez-Llorca

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) en el recurso interpuesto por General Electric (GE) contra la Decisión de la Comisión¹ era esperada por la doctrina económica y jurídica con el convencimiento mayoritario de que el TPI anularía la Decisión al menos en cuanto al argumento de que la concentración produciría un efecto anticompetitivo derivado del carácter conglomerado de la operación. Las circunstancias han variado bastante desde la adopción de la Decisión: la Comisión ha completado un sustancial proceso de reforma no sólo jurídico con la adopción del nuevo Reglamento de Concentraciones (Reglamento 139/2004), sino también dotándose de una mayor capacidad de análisis económico (particularmente con la instauración de la figura del economista jefe), así como de un procedimiento de toma de decisiones más equilibrado y sometido a un escrutinio interno más estricto. No obstante, la sentencia del TPI sigue teniendo un interés evidente por su aproximación a la delimitación del alcance del control de concentraciones y a la concreción de los principios que deben regir el mismo.

¹ Sentencia de 14 de diciembre de 2005, Asunto T-210/01, General Electric Company/Comisión (todavía no incluida en la *Recopilación*). Honeywell también recurrió la Decisión de la Comisión ante el TPI, pero éste desestimó el recurso *ad limine* al considerar que la demandante no impugnó todos los pilares en los que, como veremos, se fundó dicha Decisión (Sentencia de 14 de diciembre de 2005, Asunto T-209/01, Honeywell Internacional Inc./Comisión, todavía no incluida en la *Recopilación*). A juicio del Tribunal, cada uno de dichos pilares constituye, por sí solo, un fundamento jurídico y fáctico suficiente de la Decisión (incluso teniendo en cuenta que están interrelacionados), por lo que, aun suponiendo que todos los motivos expuestos por la demandante fuesen fundados, su recurso no puede dar como resultado la anulación de la misma. En concreto, Honeywell no discutió los argumentos de la Comisión expuestos a continuación, relativos a la existencia de una posición de dominio debida a los solapamientos horizontales y al daño competitivo derivado de la integración vertical entre los motores de GE y los arrancadores de Honeywell, sino que limitó el objeto de su recurso a atacar la teoría del efecto conglomerado de la concentración. En el presente estudio analizaremos únicamente la primera de estas sentencias (nótese, al respecto, que en el momento de la entrega de este artículo no existe versión en español, por lo que todas las citas son traducción propia de la versión inglesa).

2. LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN

Aunque la Decisión ha sido ya objeto de numerosos comentarios, la mayoría muy críticos, a efectos de nuestra exposición conviene recordar brevemente los hechos tenidos en cuenta por la Comisión y los razonamientos en que basó su decisión de prohibir la operación de concentración entre GE y Honeywell.

Tras anunciar, el 20 de julio de 2000, su intención de adquirir Honeywell, GE notificó la operación a la *Antitrust Division del Department of Justice* norteamericano y a la Comisión Europea, entre otras autoridades de competencia. A pesar del tamaño y significado de la operación (no sólo porque GE y Honeywell son dos de las mayores empresas del mundo, sino también porque ambas están presentes en el sector de la aeronáutica), ésta presentaba, *a priori* (y uno diría que sorprendentemente), unos solapamientos horizontales relativamente limitados dadas las definiciones de mercado adoptadas tanto en EEUU como en la UE en operaciones anteriores. El 2 de mayo de 2001, el DOJ anunció que no litigaría contra las partes al haber alcanzado con ellas un acuerdo que resolvía los limitados problemas de competencia que planteaba la operación. El 3 de julio de 2001, la Comisión Europea, por su parte, declaró la concentración incompatible con el mercado común con arreglo al antiguo Reglamento de Concentraciones (Reglamento 4064/1989, sobre el control de concentraciones entre empresas)².

La Decisión de la Comisión se basa fundamentalmente en un presupuesto (el de que, con anterioridad a la concentración, GE era dominante en determinados mercados) y en tres teorías de daño competitivo derivado de la concentración (efectos horizontales, verticales y de conglomerado).

Respecto al presupuesto del dominio de GE, la Comisión consideró que, con anterioridad a la concentración, GE era dominante en los mercados de motores para grandes reactores regionales y de motores para grandes reactores comerciales.

En el primero de estos mercados, GE tenía unas cuotas de aproximadamente el 45 por 100 de la base instalada (es decir, de las entregas de motores ya realizadas) y el 95 por 100 de los pedidos de motores firmes pero pendientes de entrega, datos que bastaron a la Comisión para concluir que GE era dominante.

En el segundo mercado (en el que Honeywell no estaba presente), la Comisión consideró que GE, con una cuota del 52,5 por 100 de la base instalada y del 65 por 100 de los pedidos de motores firmes pero pendientes de entrega, disfrutaba de una «posición sólida, indicativa de dominio».

² Decisión de la Comisión 2004/134/CE, de 3 de julio de 2001, Asunto COMP/M.2220, General Electric/Honeywell (*Diario Oficial*, L 48, de 18 de febrero de 2004, p. 1).

Consciente de que estas cuotas, por sí solas, no permitían afirmar de manera indubitada el dominio de GE en este mercado, la Comisión recurrió además a diversos factores que, añadidos a dicha cuotas, le permitían llegar a tal conclusión.

Por una parte, según la Comisión, el poder de mercado de GE se apoyaba en su división financiera GE Capital, que le permitía soportar el coste del desfase que se produce entre la realización de proyectos nuevos y el momento en que se obtienen los primeros rendimientos de la inversión, así como ofrecer grandes descuentos en la compra de motores, e incluso ofrecer ayuda financiera a clientes (tanto fabricantes de fuselajes como líneas aéreas) a cambio de conseguir que los motores de GE fueran instalados de manera exclusiva en las plataformas fabricadas por el primer tipo de clientes o adquiridas por el segundo. Por otra parte, GE se beneficiaba de su integración vertical con su filial de compra y arrendamiento de aviones, GE Capital Aviation Services (GECAS), que, según la Comisión, tenía una gran capacidad de compra de aviones e imponía una política de compra de aviones favorable a aquellos que incorporaran motores de GE, «sembrando» — en palabras de la Comisión — de motores de GE las flotas de las compañías aéreas y propiciando así una mayor homogeneidad en sus motores que les llevara, a plazo, a seguir adquiriendo motores de GE con vistas a conseguir economías de escala en sus costes de mantenimiento. La Comisión concluyó, además, que ningún competidor de GE tenía una capacidad financiera similar ni podía ofrecer descuentos similares a los suyos, que las barreras de entrada al mercado de la fabricación de estos motores eran altas y que la demanda (particularmente los fabricantes de fuselajes, con Boeing y Airbus a la cabeza) no tenía incentivos para ejercer su poder compensatorio acudiendo a proveedores distintos de GE, pues los descuentos de esta empresa le resultaban favorables.

El primer pilar de la Decisión se basa en que la concentración habría dado lugar a solapamientos horizontales en varios mercados. En el mercado de los motores para grandes reactores regionales, en el que, como hemos visto, la Comisión entendió que GE era dominante con anterioridad a la concentración, Honeywell era el único competidor de GE en este mercado, por lo que la operación habría situado a GE en situación de monopolio. En el mercado de los reactores corporativos, en el que Honeywell ya tenía una presencia destacada, la Comisión consideró que la entidad fusionada habría representado aproximadamente un 55 por 100 del total de la base instalada de motores para el segmento de aviones de tamaño medio. En ambos mercados, la Comisión argumentó que la posición de dominio se reforzaría o crearía, según el caso, no sólo por la adición de cuota, sino también por el efecto conglomerado de la concentración al que nos referimos en los apartados siguientes. Por último, la Comisión entendió que la concentración daba lugar a una posición de dominio en el mercado de las pequeñas turbinas de gas marítimas, en el que la cuota combinada de GE y Honeywell alcanzaba el 65 por 100 y el 85 por 100.

El segundo pilar de la Decisión de la Comisión está relacionado con el posible efecto de exclusión resultante de la integración vertical del negocio de arrancadores de motor de Honeywell con el negocio de motores par grandes reactores comerciales de GE. Según la Comisión, dicha integración podría haber incentivado a GE a denegar o dificultar el suministro de arrancadores (o a incrementar su precio) a sus competidores en el mercado inferior de los motores, reforzando así su posición de dominio en los mercados de motores para grandes reactores comerciales.

El tercer pilar de la Decisión descansa en la teoría de los posibles efectos conglomerados de la concentración. Según esta teoría, tras la concentración GE habría tenido la capacidad y el incentivo para extender al mercado de los productos de aviónica y no aviónica en los que está presente Honeywell la misma estrategia que empleaba en el mercado de motores para grandes reactores comerciales: utilizar la fuerza financiera de GE Capital para ofrecer descuentos y la posición de GECAS como comprador y arrendador de aviones (y su política de comprar únicamente aviones con motores de GE) para forzar a los fabricantes de fuselajes y a las aerolíneas a adquirir motores de GE. A plazo, y dado que sus competidores no disponían de poder de financiación comparable al de GE Capital ni de la posición estratégica de GECAS como comprador de aviones, dichos competidores se habrían visto forzados a salir del mercado, momento en el cual GE habría podido incrementar los precios de los productos de aviónica y no aviónica de Honeywell sin presiones competitivas.

Las anteriores consideraciones llevaron a la Comisión a prohibir la concentración. Cabe destacar que los compromisos ofrecidos por las partes fueron considerados insatisfactorios, en su mayoría por ser compromisos de comportamiento, sin carácter estructural.

3. LA SENTENCIA DEL TPI

En cuanto al fondo, la sentencia adopta la siguiente estructura: primero fija el objeto y los criterios de la revisión jurisdiccional, con las implicaciones que de ello se extraen y que trataremos en el punto 3 siguiente. A continuación, analiza el motivo de la Decisión relativo a la posición de dominio preexistente de GE en el mercado de los motores para grandes reactores comerciales, por constituir la base sobre la que se asientan los demás motivos. Estos últimos (solapamientos horizontales, efecto vertical y efecto conglomerado) se tratan seguidamente uno por uno.

A. DOMINIO PREEXISTENTE DE GE EN EL MERCADO DE LOS MOTORES PARA GRANDES REACTORES COMERCIALES

La cuestión del dominio de GE en el mercado de los motores para grandes reactores comerciales con anterioridad a la concentración constituye la piedra angular de la Decisión, pues las distintas teorías de daño competitivo utilizadas por la Comisión descansan sobre la posibilidad de que GE pueda reforzar dicha posición de dominio o extenderla a otros mercados en los que está presente Honeywell.

La Comisión sustentó su conclusión de que GE era dominante en dicho mercado en los siguientes elementos: la cuota de mercado de GE, las ventajas derivadas de su brazo financiero GE Capital y de su integración vertical con GECAS, y la falta o debilidad de las presiones competitivas sobre GE.

a) *La cuota de mercado de GE*

Respecto a la cuota de mercado de GE, el TPI confirma la conclusión de la Comisión de que dicha cuota era indicativa de una posición de dominio preexistente en el mercado de los motores para grandes reactores comerciales. Entre otras prolijas consideraciones que llevan al TPI a esta afirmación deben destacarse las siguientes: en primer lugar, el argumento de que incluso en los *bidding markets* (en los que la competencia tiene lugar no de manera continuada en el tiempo, sino puntualmente en cada «concurso») las cuotas de mercado ostentadas por la empresa en el pasado deben ser tenidas en cuenta, ya que si la cuota de mercado de un fabricante se mantiene o incluso aumenta a lo largo de un cierto número de años consecutivos debe entenderse que tiene poder de mercado. En palabras del TPI, «llega un momento en el que la diferencia entre la cuota de un fabricante y las de sus competidores ya no puede ser descartada como función del limitado número de concursos que constituyen la demanda en el mercado» (apartado 151).

En segundo lugar, merece ser destacado el tratamiento que hace el TPI de la «comunidad» o cualidad de común que tienen los motores de GE en las flotas de aviones de las distintas aerolíneas. El TPI considera, con la Comisión, que la comunidad de un determinado motor, al menos dentro de una misma familia de éstos, representa un «beneficio» para las aerolíneas (por razones operativas o de economías de costes en mantenimiento, etc.), razón por la cual éstas pueden inclinarse por adquirir motores que ya utilizan en sus aviones en detrimento de motores que no han utilizado antes. El TPI argumenta, además, que este fenómeno es otro factor que contribuye al dominio de GE.

b) *La fuerza de GE Capital y GECAS*

Respecto a GE Capital, el TPI acepta el argumento de que su poder financiero constituye una ventaja para todo el grupo de empresas del que forma parte. En cuanto a GECAS (la filial de compra y arrendamiento de aviones de GE), el TPI refrenda el argumento de la Comisión de que su política de comprar únicamente aviones equipados con motores GE contribuye al dominio de GE en los motores.

GE alegó que es lógico y natural que GECAS adquiriera solamente aviones con motores GE por varios motivos: en primer lugar, porque lo contrario habría dado la impresión de que el grupo desconfía de sus propios motores; además, ciertos costes relacionados con la compra son menores y, por último, es difícil para una compañía de *leasing* obtener condiciones competitivas de fabricantes en competencia directa con una empresa de su grupo. El TPI desestima el argumento de GE afirmando que el hecho de que tal conducta sea lógica no impide que refuerce la posición de dominio de GE y que, en cualquier caso, puede ponerse en duda la lógica de dicha conducta. En efecto, según el TPI, el hecho de que GECAS limite sus fuentes de aprovisionamiento como cuestión de principio (y no por razones comerciales) implica necesariamente un coste, pues le priva de obtener las mejores condiciones en cada caso.

En definitiva, para el TPI queda acreditado que GE no sólo se beneficiaba de los medios comerciales y financieros que le aportaban sus dos filiales para obtener contratos de compra de aviones equipados con sus motores, sino que además (como demostraban algunos documentos confidenciales relativos a ejemplos concretos de contratos) tenía una política encaminada precisamente a ello.

c) *La falta de presiones competitivas sobre GE*

Por último, el TPI confirma la conclusión de la Comisión de que ninguno de los competidores de GE (Pratt & Whitney y Rolls-Royce) ejerce una presión competitiva notable sobre GE, a la vista bien de su cuota de mercado decreciente, bien de su imposibilidad de igualar la capacidad financiera de GE. De igual manera, no pone en duda la conclusión de la Comisión respecto a que ni Boeing ni Airbus ejercen poder compensatorio en el lado de la demanda.

A la vista de todo lo anterior, el TPI estima que la Comisión no cometió ningún error de apreciación al concluir que, con anterioridad a la concentración, GE se encontraba en posición de dominio en el mercado de los motores para grandes reactores comerciales.

B. LA CREACIÓN O EL REFUERZO DE POSICIONES DOMINANTES POR SOLAPAMIENTOS HORIZONTALES EN DETERMINADOS MERCADOS

En relación con la cuestión de los solapamientos horizontales, el TPI confirma en su sentencia las definiciones de mercado establecidas por la Comisión, así como su conclusión de que la concentración habría llevado a solapamientos horizontales en distintos mercados. El TPI también se alinea con la Comisión en cuanto al método de cálculo de cuotas y a la apreciación de que la concentración habría producido un reforzamiento de la posición de dominio de GE en los mercados de los motores para grandes reactores regionales, los motores para reactores corporativos y las pequeñas turbinas de gas marítimas.

Como ya hemos explicado en relación con el recurso presentado por Honeywell, el TPI entiende que, para declarar una concentración incompatible con el mercado común, es suficiente que se cumpla el criterio de prohibición del art. 2.3 del antiguo Reglamento de Concentraciones (es decir, que suponga «un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común») en relación con uno solo de los mercados afectados. Por ello, y a pesar de que (como veremos a continuación) las teorías de daño competitivo de la Comisión relativas a los efectos vertical y conglomerado de la operación son rechazadas por el TPI, los solapamientos horizontales en los mercados indicados le permiten desestimar el recurso de GE en su totalidad y confirmar la Decisión de la Comisión.

C. EL EFECTO VERTICAL DE LA CONCENTRACIÓN

Como ya hemos mencionado, en su Decisión la Comisión consideró que, con la adquisición de Honeywell, GE habría podido provocar la exclusión de sus competidores del mercado de los motores para grandes reactores comerciales negándoles o dificultándoles el suministro (o incrementando el precio) de los arrancadores de Honeywell.

Al respecto, el TPI empieza recordando la doctrina del TJCE en el caso Tetra Laval³, en el que confirmó su argumento de que, en el ámbito del control de concentraciones, la Comisión debe tener en cuenta las obligaciones a las que está sometida una empresa de conformidad con el art. 82 del Tratado CE. En efecto, en el citado asunto, al considerar si era probable que la entidad fusionada adoptara una política de ventas vinculadas o de precios predatorios, el TJCE sostuvo que «*el Tribunal de Primera Instancia consideró legítimamente que la probabilidad de que se adoptaran*

³ Sentencia de 15 de febrero de 2005, Asunto C-12/03, Comisión/Tetra Laval, *Rec. 2005*, p. 897. Nótese que la Sentencia en el asunto Tetra Laval se dicta en plena tramitación del recurso de GE.

tales comportamientos debía examinarse de manera exhaustiva, es decir, tomando en consideración [...] tanto los incentivos para la adopción de los referidos comportamientos como los factores que pueden disminuir, o incluso eliminar, tales incentivos, incluido el posible carácter ilegal de los comportamientos en cuestión».

Sentada esta premisa, el TPI entra a analizar si efectivamente la posibilidad de incurrir en una infracción del art. 82 podría haber desincentivado a GE para llevar a cabo la estrategia de exclusión vaticinada por la Comisión. Al respecto señala que para que el incremento de precio de los arrancadores tuviera un efecto sobre los competidores de GE en el mercado de los motores, *«dicho incremento debería haber sido tan grande que claramente habría constituido un abuso. Un hipotético aumento del 50 por 100 en el precio de los arrancadores de motor [...] representaría sólo un aumento del 0,1 por 100 del precio de un motor a reacción y, por tanto, no tendría prácticamente efecto en el mercado de los motores».* Así, en palabras del TPI, *«cuanto más convincente es el argumento de la Comisión respecto a la efectividad de la conducta en cuestión, y, por tanto, cuanto más claro es el incentivo para llevar a cabo dicha conducta, mayor es la probabilidad de que la conducta sea calificada como anti-competitiva».*

A juicio del TPI, si la Comisión hubiese tenido en cuenta el efecto preventivo del art. 82, ello habría influido de manera sustancial en su análisis de la probabilidad de adopción de una estrategia de exclusión por parte de GE. Por ello, considera que el motivo de la Decisión relativo al fortalecimiento de la posición de dominio de GE en el mercado de los motores para grandes reactores comerciales, debido al efecto vertical resultante de la integración del negocio de arrancadores de Honeywell con su propio negocio de motores, no queda suficientemente fundado.

D. EL EFECTO CONGLOMERADO DE LA CONCENTRACIÓN

Esta teoría de daño competitivo utilizada por la Comisión estaba construida sobre dos argumentos. En primer lugar, la Comisión consideró que GE sería capaz de utilizar el poder financiero de GE Capital (ofreciendo financiación a los clientes) y su integración vertical con GECAS (sirviéndose de su importancia como comprador de aviones) para influir en los fabricantes de fuselajes o en las aerolíneas con objeto de que adquiriesen los productos de aviónica y no aviónica de Honeywell (efecto que la Comisión denominó *«share-shifting»*). Por otra parte, la Comisión argumentó que la concentración habría permitido a GE vender paquetes de productos integrados por sus propios motores y los productos de aviónica y no aviónica de Honeywell. Ambas circunstancias habrían permitido a GE reforzar su posición de dominio en los motores y extenderla a los distintos mercados de los productos de aviónica y no aviónica.

Respecto al argumento del «*share-shifting*», el TPI advierte, de entrada, que el hecho de que GE Capital y GECAS fueran correctamente considerados por la Comisión como factores que contribuían al dominio preexistente de GE en el mercado de motores para grandes reactores comerciales no implicaba necesariamente que GE pudiera utilizar a dichas filiales para alcanzar una posición de dominio en los mercados de aviónica y no aviónica. En efecto, tal estrategia habría supuesto un coste para GE⁴, y la Comisión no demostró que dicho coste hubiese sido menor que los beneficios resultantes de la mayor venta de productos de Honeywell. Por lo demás, el TPI recuerda que la Comisión definió mercados separados para cada producto de aviónica (dentro de los cuales, además, definió submercados en función de que dichos productos se incorporaran a reactores comerciales o a reactores regionales y corporativos) y no aviónica. Sin embargo, la Comisión no tuvo en cuenta que las actividades de GE y sus filiales GE Capital y GECAS no coincidían en todos los mercados. Así, GECAS sólo adquiriría reactores regionales, por lo que difícilmente podía influir sobre la compra de productos de aviónica de Honeywell destinados a reactores comerciales o corporativos. En estas circunstancias, el TPI no puede sino rechazar abiertamente el *totum revolutum* al que se confió la Comisión para analizar la posible conducta futura de GE en los mercados de aviónica y no aviónica.

Respecto a la venta de paquetes de productos (*bundling*), el TPI comienza señalando que el *bundling* sólo se puede producir en presencia de productos que para el cliente en cuestión son complementarios⁵. Recuerda, además, que a efectos de determinar si la concentración tendrá un impacto negativo en la competencia, debe demostrarse no sólo que la empresa resultante de la concentración tendrá la capacidad y el incentivo para realizar esta práctica, sino también que, como consecuencia de ello, se creará o reforzará una posición de dominio en alguno de los mercados afectados en un futuro relativamente cercano.

Por otra parte, el TPI realiza un análisis distinto en función de los tres tipos de *bundling* previstos por la Comisión: puro (venta de dos o más productos no vendidos por separado), técnico (venta de varios productos que sólo funcionan adecuadamente si se usan juntos y que no pueden utilizarse con los de otros proveedores) y mixto (venta de productos a un precio inferior al precio global de éstos vendidos por separado).

El TPI descarta la posibilidad del *bundling* puro, pues no queda demostrado que la estrategia de vender en un mismo paquete el motor de

⁴ Tal y como demuestra, según el TPI, el ejemplo del reactor B777X, que por ser confidencial no aparece explicado en la sentencia.

⁵ Lo cual, de entrada, excluye el *bundling* en aquellos casos en que el cliente que selecciona el motor y el que elige los equipos de aviónica y no aviónica no son el mismo. Asimismo, el TPI admite el argumento de GE en el sentido de que el *bundling* es tanto menos factible cuanto mayor sea el lapso de tiempo que transcurre entre la elección del motor (normalmente al principio del proceso de diseño de un avión) y la de los productos de aviónica y no aviónica.

GE con los productos de aviónica y no aviónica de Honeywell no habría conducido a sus clientes a elegir a otro proveedor, teniendo en cuenta no sólo que el precio del motor es mucho más elevado que el de los componentes, sino también el hecho de que la posición de dominio de GE en los motores no excluía la existencia de cierta competencia residual en el mercado. Por otra parte, al analizar la predisposición de GE a incurrir en dicha práctica, la Comisión tampoco tuvo en cuenta, como le exigía la jurisprudencia Tetra Laval, el efecto disuasorio del art. 82 TCE.

Respecto al *bundling* técnico, la Comisión simplemente no demostró que éste podía tener lugar en el supuesto en que lo contempló como hipotéticamente posible, el de la integración de los productos de aviónica y los motores en el proyecto *More Electric Aircraft Engine* del que Honeywell formaba parte.

El TPI también rechaza las conclusiones de la Comisión respecto a que la concentración habría incentivado y permitido a GE desarrollar una estrategia de *bundling* mixto. En primer lugar, el hecho de que en el pasado Honeywell hubiese realizado esta práctica respecto a sus productos de aviónica y no aviónica no implicaba necesariamente que GE lo habría hecho igualmente tras la concentración vendiendo en un paquete sus motores y los productos de Honeywell. El TPI no considera demostrado tampoco que GE se habría visto incentivada a realizar esta práctica. En este sentido, las partes alegaron que tenían pocos incentivos para reducir los precios de sus productos mediante la venta de paquetes porque la demanda de aviones era relativamente inelástica respecto al precio de los motores y los componentes. La Comisión, apoyándose en la teoría del «efecto Cournot» del *bundling*, replicó que aunque la demanda agregada fuera inelástica (es decir, que la reducción de precios por la venta de paquetes de productos no haría que aumentase la demanda de manera que dicha reducción resultase rentable), la demanda de cada empresa en concreto sí era elástica, por lo que dicha práctica se traduciría en una redistribución de la demanda («*share-shifting*») en beneficio de GE. El TPI, sin entrar a valorar la credibilidad de la teoría de cada parte (cada una apoyada por estudios de expertos economistas), concluye que, en cualquier caso, la falta de datos empíricos en apoyo de la teoría del efecto Cournot hace que no pueda extraerse de la misma que la concentración habría incentivado a GE a llevar a cabo una práctica de *bundling* mixto.

4. GE/HONEYWELL, EL ANÁLISIS PROSPECTIVO Y EL ESTÁNDAR DE PRUEBA

El caso GE/Honeywell ha dado lugar a una extensa literatura científica sobre las teorías económicas empleadas por la Comisión para declarar la concentración incompatible con el mercado común. La sentencia del TPI

viene a dar la razón a las numerosas críticas que en su momento recibió la Comisión por su análisis de los efectos conglomerados y verticales de la concentración, si bien no contenta a todos en cuanto a la conclusión sobre la posición de dominio preexistente de GE, así como en relación con la creación o refuerzo de una posición de dominio como consecuencia de los solapamientos horizontales. Mucho se ha dicho y escrito sobre estos aspectos del caso, por lo que en los siguientes apartados nos centraremos en una cuestión que, para el jurista, es también de especial interés a la luz de las consideraciones expuestas por el TPI en su sentencia: el estándar de prueba exigido para declarar una concentración incompatible con el mercado común.

Con carácter previo, no obstante, interesa preguntarse si la sentencia GE/Honeywell tiene alguna relevancia para la resolución de esta cuestión, dado que versa sobre la aplicación del antiguo Reglamento comunitario de concentraciones [Reglamento (CE) 4064/89]. La respuesta es, a nuestro juicio, indudablemente afirmativa. Respecto a la prueba, las consideraciones del TPI en GE/Honeywell y en otras sentencias anteriores, y de las que aquélla es deudora (particularmente la trilogía Schneider/Legrand, Tetra Laval/Sidel y Airtours/First Choice), siguen siendo perfectamente aplicables en el contexto de la revisión de las concentraciones que compete realizar a la Comisión con arreglo al Reglamento comunitario de concentraciones actualmente vigente [Reglamento (CE) 139/2004].

La cuestión de la prueba reviste una especial relevancia en el ámbito del control de concentraciones, dado que éste se basa en un análisis prospectivo, es decir, en la previsión de las consecuencias (estructurales y de comportamiento) de la concentración. En estas circunstancias, la existencia de una prueba razonable y suficiente es el contrapunto indispensable de la necesaria discrecionalidad de que goza la Comisión para decidir qué concentraciones pueden dar lugar a una obstaculización significativa de la competencia.

Así lo pone de manifiesto el propio TPI en GE/Honeywell, donde reitera lo que ya había expuesto tanto en Tetra Laval/Sidel, que cita expresamente, como en Schneider/Legrand. Ahora bien, la cuestión de la prueba está íntimamente relacionada con la del margen de apreciación discrecional de la Comisión y la correlativa extensión de la revisión jurisdiccional que puede llevar a cabo el TPI. Respecto a esta cuestión, en GE/Honeywell (fundamento 63) el TPI realiza una distinción que viene siendo ya tradicional desde las sentencias anteriormente citadas:

«Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si

tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. Un control de este tipo es aún más necesario cuando se trata de un análisis prospectivo que viene exigido por el examen de un proyecto de concentración que produce un efecto de conglomerado».

Si la revisión jurisdiccional abarca no sólo la exactitud de los hechos y su suficiencia, sino también su adecuación a las conclusiones extraídas por la Comisión, ¿cuál es el margen discrecional que le queda a ésta para declarar una concentración compatible o incompatible con el mercado común? A nuestro entender, dicha discrecionalidad debe respetarse cuando la Comisión opta por una determinada teoría del daño competitivo y descarta otra, siempre que se hayan cumplido todos los requisitos mencionados por el TPI para sostener dicha teoría. En otras palabras, si dos teorías son igualmente válidas porque ambas pueden probarse de conformidad con los requisitos exigidos por el TPI⁶, la revisión jurisdiccional no permite la crítica de la decisión de la Comisión, pues ello equivaldría a sustituir el criterio válido de ésta por el del propio juzgador.

Si ésta es realmente la postura del TPI, cabe no obstante realizar una crítica que no tiene que ver tanto con el ámbito de la revisión jurisdiccional como con la seguridad jurídica. En efecto, el TPI parece aceptar que, formalmente, dos teorías de daño competitivo pueden ser igualmente aceptables, siempre que se apoyen en hechos exactos, suficientes y adecuados. El problema es que ello reduce la previsibilidad de las decisiones de la Comisión, puesto que ésta es libre de aplicar a un determinado caso teorías económicas no necesariamente aceptadas de manera universal o al menos mayoritaria. Este problema se ha mitigado, en cierta medida, con los cambios operados dentro de la Dirección General de Competencia y mencionados en la introducción de este artículo, pero tal vez habría sido deseable un pronunciamiento del TPI en el sentido de acotar el ámbito discrecional de la Comisión a la previsión de efectos anticompetitivos de conformidad con teorías suficientemente contrastadas desde el punto de vista teórico y empírico.

Una segunda cuestión importante en relación con la prueba es la de si ésta debe ser sometida a un escrutinio más estricto cuando se trata de fusiones de conglomerado. Recordando, de nuevo, lo expuesto por el TJCE en Tetra Laval, el TPI declara en GE/Honeywell lo siguiente (fundamento 44):

⁶ A ello añade el TJCE en Tetra Laval/Comisión (Asunto C-12/03) que ambas deben ser igualmente probables: «Así pues, el análisis prospectivo consiste en examinar de qué modo podría una operación de concentración modificar los factores que determinan la situación de la competencia en un mercado dado, a fin de verificar si dicha operación supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Un análisis de este tipo requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquellas cuya probabilidad sea mayor».

«El análisis de una operación de concentración de tipo “conglomerado” es un análisis prospectivo en el cual la consideración de un lapso de tiempo proyectado hacia el futuro, por un lado, y el apalancamiento necesario para que exista un obstáculo significativo para una competencia efectiva, por otro, implican que las relaciones de causa a efecto no se perciben con nitidez, adolecen de incertidumbre y son difíciles de determinar. En este contexto, es sumamente importante la calidad de las pruebas que presenta la Comisión para acreditar la necesidad de una decisión que declare la operación de concentración incompatible con el mercado común, puesto que tales pruebas deben confirmar las apreciaciones de la Comisión según las cuales, de no adoptarse una decisión de ese tipo, resultaría plausible una evolución económica como la que sirve de base a dicha institución».

Algunos han interpretado estas afirmaciones, así como la exigencia (tanto en la sentencia Tetra Laval como en la sentencia GE/Honeywell) de una «prueba sólida» (*convincing evidence*), en el sentido de que se exige una mayor calidad de la prueba en las concentraciones de conglomerado que en las demás⁷. Creemos que esta interpretación no es totalmente acertada. El TJCE simplemente recuerda que, en una situación en la que se trata de determinar la conducta futura de una empresa, la calidad de la prueba es «sumamente importante». Ello no significa que deba ser mayor que en otros casos, o que en otros casos la calidad de la prueba no sea importante. Simplemente significa que la Comisión debe, en cualquier expediente de concentración, establecer de manera suficiente la probabilidad de que ésta produzca un efecto anticompetitivo. Y este efecto se puede producir tanto en una concentración horizontal como en una concentración conglomerada. En el fondo, los tribunales comunitarios no están exigiendo una mayor prueba de los efectos anticompetitivos de las fusiones de conglomerado, sino que simplemente están reconociendo que éstas son, por su propia naturaleza, menos susceptibles de dar lugar a efectos anticompetitivos en el corto plazo.

¿Y qué sucede entonces con el largo plazo? Teóricamente, nada excluye que la Comisión pueda evaluar los efectos anticompetitivos de una concentración más allá del efecto inmediato o a corto plazo. No existe tal limitación temporal en el Reglamento de concentraciones. A la vista del razonamiento del TJCE y del TPI en Tetra Laval, reproducido en GE/Honeywell, parece que la previsión de efectos anticompetitivos a largo plazo no sea factible en la mayoría de los casos (por la dificultad de su prueba de acuerdo con los requisitos exigidos en la jurisprudencia), o incluso que sencillamente no sea siquiera necesaria. En efecto, en GE/Honeywell el TPI vuelve a referirse a la necesidad, ya mencionada en anteriores sentencias, de que la Comisión tenga en cuenta no sólo los incentivos que las empresas concentradas puedan tener para adoptar una conducta anticompetitiva,

⁷ KOLASKY, «GE/Honeywell: Narrowing, but not closing, the gap», *Antitrust Magazine*, primavera de 2006.

sino también aquellos factores que pueden desincentivar dicha conducta, en particular la posibilidad de ser sancionadas por una infracción del art. 82 del Tratado CE.

Este efecto desincentivador, que podríamos llamar de «prevención general», se produce, según el TPI, cuando la conducta prevista en el procedimiento de control de concentraciones fuese «claramente o muy probablemente» contraria a la prohibición del art. 82 del Tratado CE (fundamento 75 de la Sentencia GE/Honeywell). Dicho de otro modo, si es claro o muy probable que la conducta prevista por la Comisión constituyese un abuso de posición de dominio, la Comisión debe tener en cuenta este hecho como efecto desincentivador y realizar un balance entre éste y los hechos que sí incentivan a las empresas concentradas a adoptar una conducta anticompetitiva para determinar si es probable que tal conducta se produzca.

En realidad, con este razonamiento el TPI no hace otra cosa que trazar la frontera entre el ámbito del control *ex ante* propio del control de concentraciones y el ámbito del control *ex post* del art. 82 del Tratado CE: el control preventivo debe abarcar el análisis de las condiciones estructurales en todo caso, y el de las posibles conductas anticompetitivas sólo si su comisión futura (cuya realidad y probabilidad deben ser adecuadamente probadas) fuera claramente o muy probablemente constitutiva de un abuso de posición dominante⁸. Para el control *ex post* quedan, así, aquellas conductas que no es posible prever con suficiente certeza en sede de control de concentraciones o que, siendo razonablemente previsibles, no necesariamente constituirían un abuso de posición dominante. A nuestro juicio, este razonamiento tiene el inconveniente de reforzar el sesgo hacia el análisis *per se* tradicionalmente realizado en relación con los abusos de posición dominante, pues permite prohibir concentraciones en el momento actual sobre la base de un abuso probable, sin necesidad de tener en cuenta los efectos ni el contexto competitivo coetáneos a dicho comportamiento futuro.

⁸ Sobre esta cuestión, ver VÖLCKER, «Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control», *CMLR*, 2003, pp. 581-614.

LAS IMPORTACIONES PARALELAS DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS EN LA UE: CRÓNICA DE UNA GUERRA DE TRINCHERAS Y PROPUESTAS PARA UN ARMISTICIO PARCIAL

Luis F. SOUTO SOUBRIER *

Xavier MAS MÁÑEZ **

1. INTRODUCCIÓN

Las importaciones paralelas son aquéllas introducidas dentro de un mercado en competencia con la red ordinaria de distribuidores, aunque sin mediar autorización previa del fabricante titular de los derechos de propiedad intelectual o industrial¹. Se trata, por tanto, de bienes genuinos legítimamente importados, pero que han sido desviados, ya que originalmente estaban destinados a otros mercados, creando así lo que se ha dado en llamar «mercados grises»². Su origen está en las oportunidades de arbitraje abiertas por el diferencial de precios entre dos países y cuya etiología puede ser diversa: 1) variaciones en los tipos de cambio, 2) diferencias fiscales, 3) disimilitud en los costes regulatorios o de distribución, 4) divergencias en la elasticidad de la demanda, 5) problemas de competencia, y 6) de forma especial en el caso del mercado farmacéutico³, dis-

* Doctor en Derecho por el Instituto Universitario Europeo (Florencia) (luis.souto@iue.it). El autor agradece los comentarios ya que en la actualidad está ultimando la preparación de dos libros sobre importaciones paralelas de mercancías sujetas a derechos de propiedad intelectual/industrial y sobre el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual/industrial en Derecho de la competencia, ambos desde una perspectiva transatlántica.

** Doctor en Economía por el Instituto Universitario Europeo; economista, *Frontier Economics* (Londres). Las opiniones del autor son personales y no se corresponden necesariamente con aquéllas de su empleador.

¹ T. HAYS, *Parallel Importation under European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2004, p. 1; W. A. ROTHNIE, *Parallel Imports*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, p. 1.

² El carácter genuino de las mercancías las distingue de las falsificaciones. T. R. SWANSON, «Combating Gray Market Goods in a Global Market: Comparative Analysis of Intellectual Property Laws and Recommended Strategies», *22 Hous. J. of Int'l L.*, 1999, p. 327; G. L. SANDLER, «Gray market goods: the controversy will continue», *13 Brooklyn J. of Int'l L.*, 1987, p. 267.

³ C. STOTHERS, «Who Needs Intellectual Property? Competition Law and Restrictions on Parallel Trade within the European Economic Area», *EIPR*, 2005, p. 458.

paridad en los mecanismos públicos de intervención sobre los precios y los medios de reembolso⁴.

Para dar una idea del impacto real de las importaciones paralelas en el mercado farmacéutico, los laboratorios farmacéuticos cifran los daños causados por los importadores paralelos en más de 2 millones de euros anuales⁵. Por su parte, el Ministerio de Sanidad del Reino Unido ha estimado que para el año 2001-2002 hubo un ahorro de alrededor de 100 millones de libras (143 millones de euros) gracias a la venta de fármacos procedentes de importaciones paralelas⁶. En cuanto a porcentajes, y también para el año 2002, KANAVOS y COSTA ofrecen en el mismo artículo una muestra de los porcentajes que las importaciones paralelas representan sobre el gasto farmacéutico nacional en diversos países europeos, como el Reino Unido con un 20 por 100, Países Bajos con un 14 por 100, o Alemania con un 7 por 100⁷.

⁴ Los Estados miembros tienen derecho a fijar los precios de los productos farmacéuticos con el fin de satisfacer sus legítimas pretensiones, siempre que esa intervención no discrimine de Derecho o de hecho entre productos nacionales o importados y el precio indicado sea remunerativo (Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 1983, Asunto 181/82, Roussel Laboratoria, *Rec.* 1983, p. 3849, y Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1991, Asunto 249/88, Comisión/Bélgica, *Rec.* 1991, p. I-1275). En lo referente al mercado de los medicamentos sujetos a prescripción médica, la intervención del Estado puede consistir en la exclusión de un fármaco del sistema de reembolso. Este tipo de restricción sólo puede justificarse si se reúnen las condiciones siguientes: *a*) no existe discriminación basada en el origen del producto; *b*) la restricción se basa en criterios objetivos y verificables, y *c*) ofrece procedimientos para solucionar cualquier distorsión que pueda surgir (Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1984, Asunto 238/82, Duphar, *Rec.* 1984, p. 523). La Directiva 89/105/CEE (*DO*, L 40, de 11 de febrero de 1989, pp. 8-11) establece requisitos adicionales de procedimiento. Ver Comunicación de la Comisión relativa a las importaciones paralelas de especialidades farmacéuticas cuya comercialización ya ha sido autorizada (COM/2003/0839 final) (disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/pharmaceuticals/eudralex/vol-1/com_2003_839/com_2003_839_es.pdf).

⁵ J. KANTER, «Germany's Bayer Wins Right To Limit Supply to Discounters», *Dow Jones Newswires*, Bruselas, 7 de enero de 2004.

⁶ Ver P. KANAVOS, y J. COSTA I JONT, «Pharmaceutical Trade», *Economic Policy*, octubre de 2005, p. 752. De los mismos autores, junto a S. MERKUR y M. GEMMILL, ver también el estudio llevado a cabo en 2004 por el London School of Economics Health & Care Centre, «The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Union Member States: A Stakeholder Analysis» (disponible en: <http://www.lse.ac.uk/collections/LSEHealthAndSocialCare/pdf/Workingpapers/Paper.pdf>).

⁷ En lo referente a los diferentes estudios económicos que tratan el tema de las importaciones paralelas, hay que tener en cuenta la necesidad de descontar el sesgo, ya que algunos de los trabajos son encargados por sectores con un interés directo en la contienda. Así, mientras que el estudio realizado por la Universidad de York, y comisionado por la asociación de reimportadores (European Association of Euro Pharmaceutical Companies —EAEP—) (ver <http://www.eaepc.org>), destaca los beneficios derivados de las importaciones paralelas, el análisis patrocinado por la asociación de productos de medicamentos (European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations —EFPIA—) (ver <http://www.efpia.org>) toma un punto de vista contrario enfatizando que el comercio paralelo lucra a los intermediarios pero aprovecha al consumidor cuyos intereses en términos de desarrollo de nuevos fármacos se ven además amenazados de manera vicaria. Comparar, respectivamente, «Understanding Competition in the Distribution of Pharmaceutical Products in Europe: An analysis of the application of art. 82 EC to supply-restrictions in the pharmaceutical sector» (York, EAEP), con «Competition policy in the pharmaceutical sector-art. 82 EC: Can it be applied to control sales by pharmaceutical manufacturers to wholesalers?».

No en balde el conflicto entre la industria farmacéutica de investigación y los reimportadores ha sido definido por ARAUJO⁸ como una «batalla interminable»; una despiadada guerra de trincheras al estilo de las ocurridas en la Primera Guerra Mundial, en la que los fabricantes han tratado de parapetarse tras diversas barreras (autorizaciones de comercialización específicas para fármacos, ejercicio de patentes y marcas, así como conclusión de diversos tipos de acuerdos y prácticas unilaterales) con el fin de evitar que el comercio paralelo extienda las condiciones regulatorias de los mercados que les son menos benignos al resto de Estados miembros. Sin embargo, los reimportadores han conseguido salvar uno a uno estos obstáculos invocando las normas sobre libre circulación de mercancías y sobre competencia. Para ello han contado con dos poderosos aliados, la Comisión y el TJCE que —según palabras de FORRESTER⁹— han apoyado de forma decidida el objetivo de la integración del mercado único como si se tratara de una suerte de «religión civil»¹⁰.

Aunque la integración de mercados reporta beneficios que justifican el sufrir turbulencias de carácter temporal, lo cierto es que las distorsiones provocadas por la integración negativa (supresión sin paliativos de todas las barreras al comercio paralelo) se han prolongado a lo largo de más de tres décadas, sin que durante el mismo período se hayan observado progresos notables en la integración positiva (es decir, en la aproximación de los diversos mecanismos de intervención nacionales)¹¹. El desequilibrio implica que, a pesar del flujo masivo de medicamentos entre los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE), la convergencia de precios sea imposible y que las innovaciones de una industria tan necesitada de estímulos corran serio peligro¹². Hace más de una década, ROTHNIE¹³ sentenció que lo más sorprendente del mercado europeo de productos farmacéuticos era su inexistencia, juicio que ha refrendado HAYS¹⁴ de forma reciente al constatar que el mercado de fármacos sigue estando segmentado y no puede definirse sino como un heterogéneo conglomerado de instrumentos regulatorios nacionales.

⁸ M. ARAUJO BOYD, «Libre circulación de mercancías y productos farmacéuticos. La batalla interminable», *Gaceta Jurídica*, 201 (1999), p. 68. Ver también 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 (2001), 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; C. PRAT, «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del Derecho marcario y del Derecho antitrust», *Gaceta Jurídica*, 230 (2004), p. 41.

⁹ I. S. Forrester, «The Repackaging of Trade Marked Pharmaceuticals in Europe: Recent Developments», *EIPR*, 11 (2000), p. 514.

¹⁰ Ver también S. MARTÍNEZ LAGE, «La desacralización del comercio paralelo», *Gaceta Jurídica*, 211 (2001), pp. 9-10;

¹¹ A. REINDL, «Intellectual Property and Intra-community Trade», *Fordham J. of Int'l L.*, 20 (1997), p. 820.

¹² Ver *infra* § 6.

¹³ Cit., p. 474.

¹⁴ Cit., p. 68.

Pese a estos reveses, el reconocimiento otorgado a las peculiaridades de la industria farmacéutica por el TJCE en Adalat¹⁵ y en Syfait¹⁶ (a través de la opinión de su abogado general JACOBS) y, como reflejo, por la Comisión Europea¹⁷, hace encarar el futuro con moderado optimismo. En el momento presente, cuando entre los especialistas en esta área se cree cada vez más posible la tan demandada inflexión, es adecuado hacer una crónica acerca de los principales frentes de esta secular batalla: aplicación de las normas sobre libre circulación de mercancías (epígrafe 3) y de normas tutoras de la competencia (epígrafe 4). Dicha crónica se acompañará de una reflexión sobre la dirección que los eventuales cambios jurisprudenciales y/o legislativos deberán adoptar (epígrafes 5 y 6). Sin embargo, antes de abordar las cuestiones jurídicas es necesario hacer un análisis de las implicaciones económicas del comercio paralelo (epígrafe 2).

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de enero de 2004, Asuntos acumulados C-2/01P y C-3/01P. Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV/Comisión/Bayer AG (Adalat), *Rec.* 2004, p. I-23. Ver *infra* § 4.A).

¹⁶ Ver *infra* § 4.B).

¹⁷ Ver el recientemente publicado xxxv Informe sobre la política de competencia 2005, Bruselas, Comisión Europea, junio de 2006 (ya disponible en inglés) (http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2005/en.pdf), donde se señala que para asegurar la competitividad de la industria farmacéutica europea «es necesario asegurar que los productos que representan una innovación disfruten de un robusto grado de protección mediante leyes de propiedad intelectual con el fin de que las empresas puedan recuperar sus inversiones en I+D y ser recompensadas por sus esfuerzos» (p. 72). Lo más significativo de esta referencia es lo que la Comisión dice y no dice a continuación. De una parte, la Comisión puntualiza que los intentos ilegítimos de prolongar la exclusividad (por ejemplo, retrasando la entrada de medicamentos genéricos una vez vencida la patente) van en detrimento de la competitividad y, por tanto, serán considerados infracciones graves de las normas *antitrust* (ver *infra* § 4). De otra parte, se ha renunciado, por primera vez en mucho tiempo, a poner en el mismo cesto las conductas relacionadas con el bloqueo de las importaciones paralelas. Sólo en el párrafo 74 la Comisión alude a éstas por su contribución a la creación de un mercado único de productos farmacéuticos. De esta forma se abre una brecha en la tradicional alianza entre la Comisión y los importadores paralelos, quienes siguen defendiendo que sus actividades no son susceptibles de menoscabar la competitividad de la industria farmacéutica de investigación, por cuanto se trata de productos genuinos que han sido comercializados de forma voluntaria por sus fabricantes (ver *infra* § 6 comentando el reciente estudio publicado por la EAEP, *For a strong and innovative European-pharmaceutical industry*, junio de 2006). El argumento es simplista en la medida que omite toda referencia al hecho de que los precios de esa primera venta no son libremente determinados por los fabricantes. Además, tratándose de bienes para cuya producción se precisa incurrir en una alta proporción de costes hundidos, es demostrable que la discriminación de precios en proporción inversa a la elasticidad de la demanda de cada uno de los mercados involucrados («*Ramsey pricing*») conduce a situaciones de mayor bienestar económico para todos los consumidores afectados. La intuición que explica este fenómeno es que la discriminación facilita la apertura de nuevos mercados (geográficos a veces —eficiencias estáticas—, pero también de nuevos productos —eficiencias dinámicas—) con el resultado de que los consumidores que pagan menos contribuyen en la medida de sus posibilidades a sufragar parte de los costes hundidos. Ver V. KORAH, «The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Countries», *SCRIPT-ed*, 2:4, p. 462 (disponible en <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol2-4/korah.asp>), haciendo referencia a F. P. RAMSEY, «A Contribution to the Theory of Taxation», *Economic Journal*, 37 (1929), pp. 47-61. De la pluma de un economista más sobre este asunto bajo la próxima sección 2. Además de la literatura económica allí expuesta, véase la siguiente obra, asequible para el jurista, F. DÍEZ ESTELLA, *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, Civitas, 2003.

2. CONSIDERACIONES ECONÓMICAS

Las efectos de las importaciones paralelas sobre el bienestar económico difieren en función de las causas que originan el diferencial de precios subyacente. En el caso que ese diferencial sea consecuencia de una situación de competencia heterogénea en diversos mercados geográficos (imaginemos el caso de un mercado con un nivel de concentración muy elevado y precios altos con otro donde la concentración sea menor y donde los precios sean bajos), las importaciones paralelas pueden tener un efecto positivo en términos de bienestar económico reduciendo las restricciones a la competencia en el mercado más concentrado. En este caso hablaríamos de mejoras de eficiencia alcativa como consecuencia de las importaciones paralelas. Causas adicionales para la existencia de una discrepancia en los precios en diferentes mercados pueden ser, entre otras, las diferencias de eficiencia en la producción de un producto en diversos países o la diversa regulación impuesta en cada mercado geográfico por las autoridades de cada país. Como se ha dicho antes, este último caso es el correspondiente a las importaciones paralelas de productos farmacéuticos.

Buena parte de la literatura económica estudia la problemática de las importaciones paralelas utilizando el análisis desarrollado en la literatura sobre discriminación de precios. Esta literatura se ocupa de situaciones en las que dos o más unidades idénticas del mismo producto son vendidas a precios diferentes¹⁸. Es importante tener en cuenta que la posibilidad de vender cantidades de un mismo bien a precios unitarios diferentes depende de las posibilidades de arbitraje existentes entre compradores.

Se puede identificar la siguiente alternativa: de una parte está la situación en la que cabe la discriminación de precios, de otra el escenario en el cual los precios son uniformes. Como sabemos, las importaciones paralelas tienen un efecto directo sobre el precio de un producto, ejerciendo una presión a la baja sobre el mismo y aproximándolo al más bajo de los precios de venta existentes en el conjunto de países donde el comercio paralelo es permitido. En otras palabras, las importaciones paralelas tienden a uniformar el precio de venta de un producto en el conjunto de países afectados por las mismas salvo por el coste del transporte. Sin embargo, a diferencia de mercancías baratas o voluminosas en relación a su peso, como el agua embotellada o el azúcar, este último monto no tiene mucha importancia en el caso de las medicinas.

El mercado global de productos farmacéuticos (y en especial los medicamentos aún sujetos a derechos de patente) está caracterizado por una discriminación de precios denominada de tercer grado. La teoría de la discriminación de precios suele distinguir tres tipos de discriminación. En la

¹⁸ TIROLE ofrece una buena introducción a la teoría de la discriminación de precios. Ver el capítulo 3 de J. TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1988.

discriminación de precios de primer grado, llamada también discriminación perfecta (que existe casi exclusivamente a nivel teórico), el monopolista se comporta como si vendiera cada unidad por separado a los consumidores y cobrara el precio más alto que pudiera obtener por cada unidad y para cada consumidor, extrayendo de esta forma todo el beneficio del consumidor sin incurrir en ninguna ineficiencia alocativa. En la discriminación de precios de segundo grado, el monopolista ofrece un menú de posibilidades (generalmente combinaciones de precio fijo de acceso y precio unitario por cantidad consumida) con el que pretende segregar entre tipologías de consumidores y extraer de esta forma parte del beneficio del consumidor. En la discriminación de precios de tercer grado el monopolista cobra precios diferentes por el mismo bien en diferentes mercados o grupos de personas, identificables sin necesidad de observar su comportamiento. En el caso de los productos farmacéuticos, la base para discriminar entre compradores es el país donde efectúan sus compras de medicamentos. De este modo, al mismo producto farmacéutico le corresponde un precio unitario de venta diferente según el país donde se lleve a cabo la venta. En un mercado altamente regulado como el de los productos farmacéuticos, la diferencia de precios unitarios tiene como origen las decisiones de las autoridades competentes en cada país, reflejando éstas las preferencias en materia de precio al consumidor y otras variables, como por ejemplo el fomento de la investigación y desarrollo de nuevos fármacos.

La literatura sobre discriminación de precios de tercer grado concluye que los efectos sobre el bienestar económico de prácticas discriminatorias de precios son ambiguos. Partiendo de una situación inicial donde los precios de un mismo producto son diferentes en varios mercados se puede analizar el efecto sobre el bienestar económico de la imposición de un precio uniforme en todos los mercados en los que el productor decide vender. En principio, cualquier precio global mayor que el menor de los precios originales en los diferentes mercados provoca un aumento del bienestar en mercados con precios iniciales elevados, en los cuales los consumidores pasarán a pagar menos por unidad de producto incrementando su consumo. En cambio, como contrapartida se producirá una disminución del bienestar en aquellos mercados con precios iniciales bajos, donde los consumidores pasarán a pagar un precio uniforme más elevado y reducirán su consumo.

Diversos trabajos en la literatura económica¹⁹ identifican condiciones bajo las cuales el nivel de bienestar económico general, suma del bienestar económico de los diferentes agentes, varía en función de la existencia de un régimen de discriminación de precios o de precios uniformes. Es fácil intuir que el bienestar económico de un determinado grupo de consumidores puede disminuir si, a raíz de la imposición de un precio único, este grupo queda excluido del consumo por causas de precio único excesivo²⁰. En

¹⁹ H. VARIAN, «Price Discrimination and Social Welfare», *American Eco. Rev.* (1985), p. 870.

²⁰ Aunque la demostración de este fenómeno queda como cuestión empírica, hay estudios que

tal caso el precio único que maximiza los beneficios del vendedor, obligado a fijar un precio uniforme en todos los mercados, es mayor que el precio máximo (llamado también de reserva) al que estarían dispuestos a comprar los consumidores de dicho grupo. Una pérdida de bienestar de este tipo puede verificarse, siguiendo el trabajo de MALUEG y SCHWARTZ²¹, cuando la distribución del espectro de precios máximos de reserva a los que están dispuestos a comprar los consumidores en diferentes mercados es muy dispersa.

Un argumento paralelo al expuesto en el anterior párrafo hace uso de las elasticidades de la demanda en diferentes mercados para analizar el bienestar económico bajo discriminación o uniformidad de precios. Como es bien sabido, ante la posibilidad de discriminar precios en diferentes mercados, un productor fijará un precio de venta alto si el mercado se caracteriza por una baja elasticidad de la demanda. Por el contrario, una alta elasticidad de la demanda será indicativo de la optimización de un precio de venta bajo. Partiendo de tal situación, una limitación en la discriminación de precios impone la fijación de un precio fijo (generalmente, media ponderada de los precios óptimos bajo discriminación en los mercados activos tras la imposición de la uniformidad de precios) en todos los mercados donde el productor decide vender. En este caso puede ser conveniente para el productor su salida de los mercados caracterizados por una alta elasticidad de la demanda con el fin de aumentar el precio único efectivo en los demás mercados. Este resultado, como se dijo en el anterior párrafo, genera una pérdida de bienestar para los consumidores en los mercados que el productor decide abandonar²².

Además de la citada pérdida de bienestar generada por la exclusión de un grupo de consumidores, el bienestar económico también puede reducirse en términos de beneficios del productor. Dado que el productor siempre tiene la posibilidad de fijar un precio único en todos los mercados, la imposición de tal medida —ya sea por decisión regulatoria o por la existencia de importaciones paralelas— bajo condiciones donde sería óptimo para el productor el discriminar precios entre mercados reduce sus opciones y disminuye, por ende, los beneficios obtenidos.

Como fue avanzado anteriormente, la discriminación de precios en la industria farmacéutica tiene su origen en las negociaciones bilaterales

hacen referencia a un retraso en la introducción de medicamentos en países con precios farmacéuticos bajos respecto a la entrada de estos fármacos en países con precios más elevados. Ver el trabajo de M. GYLDMARK, «The Economics of Parallel Trade Revisited: Possible implications for the Social Welfare in Europe», *Nationalekonomiska institutionen*, Sweden, Lund, 2000.

²¹ D. MALUEG y M. SCHWARTZ, «Parallel Imports, Demand Dispersion and International Price Discrimination» *J. of Int'l Eco.* (1994).

²² En conexión con lo arriba expuesto, un último argumento, presente en TIROLE (*op. cit.*), afirma que tendencialmente los mercados con una alta elasticidad de la demanda se corresponden con mercados más pobres o de bajo poder adquisitivo. Así, las medidas que eliminan la posibilidad de discriminar precios entre mercados, imponiendo un precio uniforme, irían en detrimento de la equidad, es decir, la justa distribución del bienestar económico.

entre las empresas productoras de fármacos y los gobiernos en diferentes países. Estas negociaciones tienen por fin la fijación del precio máximo de compra de los medicamentos²³, así como el acuerdo en otros aspectos a los que los gobiernos otorgan cierta relevancia y por los que tienen preferencias específicas en un mercado tan sensible como el farmacéutico.

En un trabajo reciente, REY²⁴ considera que las importaciones paralelas ejercen de límite al acuerdo que gobiernos y empresas farmacéuticas pueden alcanzar en el curso de sus negociaciones. Un compromiso por el cual en un país se permite un precio máximo elevado de los fármacos a cambio de un esfuerzo inversor por parte de la empresa farmacéutica en investigación y desarrollo de nuevos fármacos sería insostenible si el efecto de la importaciones paralelas en los precios de venta anularan de facto la efectividad del precio máximo autorizado. Las consecuencias en términos de bienestar económico no pueden ser positivas si las importaciones paralelas ejercen una limitación en la elección por parte de un gobierno de su política farmacéutica óptima. Cabe aquí distinguir entre el efecto que las importaciones paralelas puedan tener sobre la capacidad de decisión de un país sobre aspectos que no afectan a otros países, y los efectos que esas importaciones puedan tener sobre aspectos que afectan al bienestar de todos los países en conjunto (caso de la investigación y desarrollo en nuevos fármacos).

En el primer caso, la imposición de un precio único reduce las posibilidades de negociación en países en los que, en ausencia de importaciones paralelas, el precio establecido sería superior al menor de los precios en el conjunto de países. Así, cualquier país que decidiese permitir un precio elevado a cambio, por ejemplo, de cierta calidad en la distribución de los fármacos vería imposibilitada tal elección debido al efecto de las importaciones paralelas sobre el precio. Esta limitación de elección tiene un efecto negativo sobre el bienestar económico del país, o países, en cuestión.

En el segundo caso, correspondiente a la elección de un cierto nivel de inversión en investigación y desarrollo de nuevos productos, las importaciones paralelas igualan el nivel de incentivos a la investigación en todos los países al nivel de incentivos adoptado en el país con los precios más bajos. Generalmente, los países que imponen unos precios farmacéuticos más bajos son aquellos en los que los incentivos, a través de los precios de venta, a la investigación son menores. Estos países, además, se aprovechan de los incentivos a la investigación y desarrollo de nuevos fármacos establecidos en otros países, conduciendo a un compor-

²³ Los mecanismos de fijación de precios para los medicamentos varían de país a país. En algunos países, como en el caso de España, los precios máximos se establecen uno a uno para cada medicamento, mientras que en otros, como el Reino Unido, el gobierno se limita a fijar un máximo en la rentabilidad de la empresas farmacéuticas. Además, algunos países optan por establecer precios en función de los precios de los medicamentos en los países vecinos.

²⁴ P. REY, «The Impact of Parallel Imports on Prescription Medicines», mimeo, IDEI, Université de Toulouse 1, 2003.

tamiento de *free-riding*. En este caso, las importaciones paralelas afectan negativamente al bienestar económico en todos los países debido a la reducción de investigación y desarrollo de nuevos fármacos que imponen.

El presente análisis no entra a valorar los distintos modelos de regulación del sector farmacéutico en vista a los posibles efectos que, para el proceso de integración de mercados en el seno de la UE, tiene la adopción de medidas que fomentan la uniformidad de precios. Sin embargo, hay que insistir en la necesidad de perseguir políticas que incentiven la investigación y el desarrollo de nuevos fármacos, incluso a cambio de precios más elevados para los medicamentos actuales sujetos a patente. En este sentido hay que valorar positivamente el sistema británico de remuneración en base a un nivel de rentabilidad garantizada (*profit caps*), en el cual tienen cabida medidas que reducen el coste de oportunidad de la inversión en investigación y desarrollo²⁵.

En conclusión, incluso de esta breve consideración se desprende que no puede pretenderse integrar el mercado europeo mediante el expediente de imponer un precio único, cuando este precio tiene origen en las negociaciones bilaterales entre un país (o grupo de países formando un subconjunto dentro de la UE) y los fabricantes de productos farmacéuticos propietarios, sin dar origen a graves efectos distorsionadores, pérdida de bienestar económico y un declive de la competitividad de la industria europea. La coordinación en el precio debe llevar aparejada la armonización de los demás aspectos comerciales con el fin de internacionalizar las decisiones negociadas originalmente de forma bilateral.

3. NORMAS RELATIVAS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

El principio de libre circulación de mercancías reconocido en los arts. 28 y 29 del TCE tiene como fin garantizar que los bienes puedan ser importados y exportados dentro del mercado único sin injerencias estatales innecesarias. El art. 30 reconoce la competencia de los Estados miembros para adoptar aquellas medidas restrictivas necesarias para lograr, entre otros objetivos, la protección de la salud y de la propiedad industrial y comercial. No obstante, como se verá a lo largo de las próximas secciones, la posibilidad de invocar tales excepciones está supeditada a la satisfacción de un requisito de proporcionalidad. Este equilibrio de intereses ha dado lugar a abundante jurisprudencia que afecta a diversas barreras susceptibles de bloquear la reimportación de medicamentos. Siguiendo la analogía que da título a este trabajo, tras un breve período de guerra de movimientos, los contendientes en la batalla se han visto obligados a ca-

²⁵ En el artículo de REY citado en la nota de arriba se apunta cómo el sistema británico de regulación de los precios de los medicamentos incentiva la investigación en investigación y desarrollo permitiendo la deducción en los beneficios de los gastos en I+D.

var sistemas de trincheras cada vez más complejos para sobrevivir al fuego enemigo.

A. AUTORIZACIONES DE COMERCIALIZACIÓN

Un medicamento no puede comercializarse en un Estado miembro sin la preceptiva autorización. Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE²⁶ prevé que dicho requisito está sujeto a una excepción derivada de las normas relativas a la libre circulación de mercancías. De esta forma, los importadores paralelos se beneficiarán de un procedimiento simplificado siempre que se garantice la salud pública. De acuerdo a este procedimiento abreviado no se exigirá la duplicación por parte de los importadores paralelos de la documentación necesaria para probar la eficacia e inocuidad del medicamento cuando las autoridades se hallen en posesión de la misma²⁷. Tampoco la retirada por razones distintas de la protección de la salud pública afectará a la validez de la licencia de importación paralela²⁸. La razón es que el TJCE aplica un principio de proporcionalidad estricta cuando analiza la intervención de los Estados miembros en el ámbito de las competencias que les corresponden, de forma que, incluso cuando actúan dentro de su marco competencial, éstos deben de adoptar las medidas que sean menos onerosas para el comercio intracomunitario.

De este modo, en *De Peijper*²⁹ se dispensó al importador de la obligación de aportar documentos conteniendo información que, si bien era necesaria para garantizar la seguridad de las partidas introducidas, había sido ya proporcionada por el fabricante, y ello aunque supusiera un mayor coste para la Administración³⁰. El argumento de economía administrativa sólo es de recibo en casos extremos en los que las pretensiones del peticionario sean irrazonables. Así, en *Freistaat Bayern*³¹ se dispuso que la

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 mayo de 1976, Asunto 104/75, *De Peijper*, *Rec. 1976*, p. 613; Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996, Asunto 201/94, *Queen/The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals et Primecrown*, *Rec. 1996*, p. I-5819; Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1999, Asunto 94/98, *Rhône-Poulenc Rorer*, *Rec. 1999*, p. I-8789, y Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2001, Asunto 53/00, *Ferring*, *Rec. 2001*, p. I-9067.

²⁷ La dispensa requiere que el producto importado haya sido objeto de una autorización de comercialización en el Estado miembro de exportación, y que el medicamento importado sea suficientemente similar a uno que ya haya sido recibido. En principio las diferencias relativas a los excipientes no son invalidantes siempre que los principios activos coincidan.

²⁸ Esta norma se cambió como consecuencia del abuso que el laboratorio Astra Zeneca hizo al retirar el registro de presentación en comprimidos de su medicamento «Losec» (omeprazol) de los mercados sueco, danés y noruego con el fin de obstaculizar el despacho de las autorizaciones a favor de los importadores paralelos. Ver *infra* § 4.B).

²⁹ Cit.

³⁰ Ver también la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1983, Asunto 174/82, *Officer van Justitie/Sandoz bv*, *Rec. 1983*, p. 2445, pp. 17-20.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 1991, Asunto 347/89, *Freistaat Bayern (Bavaria)/Eurim-Pharm, GmbH.*, *Rec. 1991*, p. I-1747.

exigencia de un permiso de importación infringe los arts. 28 y 30 del TCE si los medicamentos ya han sido legalmente puestos en circulación en otro Estado miembro, dando lugar al reconocimiento mutuo de las formalidades administrativas en ausencia de armonización al respecto. Siguiendo un razonamiento análogo respecto a los certificados de origen, el TJCE concluyó en *Bonapharma*³² que debe dispensarse de la obligación de presentar tales documentos a los importadores que satisfagan los siguientes requisitos: 1) establecer el origen de las mercancías de manera indubitable mediante pruebas no susceptibles de ser manipuladas o falsificadas, 2) demostrar que tanto el importador como el exportador adoptaron las medidas necesarias para obtener los documentos exigidos, y 3) probar, por consiguiente, que la carencia del certificado de origen no es imputable a las partes interesadas, sino que es resultado de otra causa como, por ejemplo, la conducta anticompetitiva de terceros.

B. LAS CLÁUSULAS DE MANUFACTURA NACIONAL FRENTE AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

En *Allen & Hanburys*³³ se cuestionó la legalidad de las importaciones paralelas de salbutamol (un broncodilatador) desde Italia al mercado inglés. En aquel entonces los fármacos no eran patentables en Italia, mientras que en Reino Unido el salbutamol disfrutaba de una patente, si bien sujeta al sistema de «*licenses of right*» según lo dispuesto en la § 46 del Patents Act de 1977. A tenor de este sistema, los fabricantes de genéricos locales podían obtener la inmunidad allanándose a comprar una licencia incluso después de haber sido demandados. Cuando el acuerdo sobre el canon no era alcanzado de manera espontánea mediaba una autoridad pública (el «*comptroller*»). En este marco legal, Generics, un importador paralelo, adquirió en Italia partidas de salbutamol (fabricado y vendido sin mediar permiso del titular de la patente) con la intención de venderlas en Reino Unido. Para ello tomó una licencia obligatoria de las disponibles a los fabricantes sitios en territorio inglés. La cuestión era si las autoridades inglesas podían negarse o, haciéndolo, incurrían en discriminación contraria al TCE. La Corte optó por lo segundo arguyendo que si los productores locales podían inmunizarse frente al titular de la patente, su ejercicio frente a un importador constituiría una discriminación arbitraria en contravención del art. 28 y sin justificación posible bajo el art. 30³⁴. La

³² Sentencia de 23 de febrero de 1995, Asunto 334/93, *Bonapharma Arzneimittel/Hauptzollamt Krefeld*, *Rec. 1995*, p. I-319.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 1988, Asunto 434/85, *Allen & Hanburys*, *Rec. 1988*, p. 1245.

³⁴ Entre otros argumentos, el TJCE rechazó santificar dicha discriminación basándose en: 1) la mayor dificultad para monitorizar el origen y las cantidades importadas en comparación con la producción local; 2) la dificultad de llevar a cabo controles de calidad, o 3) el disfrute de una ventaja comparativa por parte del importador y su fabricante asociado debido a la ausencia de protección en Italia.

solución dada al caso no extiende los efectos de la falta de protección al mercado inglés porque el importador está sujeto al pago de *royalties*. A raíz de este fallo todas las cláusulas que obligaban a la fabricación dentro del territorio nacional fueron derogadas.

C. AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Aunque los prospectos que acompañan los medicamentos pueden estar sujetos a derechos de autor, marcas y patentes han sido los derechos invocados con mayor frecuencia por los laboratorios para obstaculizar el comercio paralelo. La existencia de estos derechos no se ve afectada por el Tratado CE. Sin embargo, su ejercicio sí puede limitarse cuando deriva en la compartimentación del mercado único³⁵. El TJCE³⁶ ha señalado que la excepción a la libre circulación de mercancías basada en la necesidad de proteger la propiedad industrial y comercial sólo es admisible cuando está justificada para salvaguardar derechos que constituyen el objeto específico del Derecho. En 1974 en *Centrafarm/Winthorp*³⁷ el TJCE definió el objeto específico de una marca como la garantía a su titular de que posee el derecho exclusivo de uso de dicha marca para comercializar un producto por primera vez y, por tanto, el derecho a protegerse contra los competidores que deseen sacar provecho del prestigio y la reputación de la marca mediante la venta de productos que la ostentan de manera ilegal³⁸. En resumen, a partir del primer acto voluntario de comercialización dentro del Espacio Económico Europeo el titular del derecho no puede oponerse a la transmisión del bien por entenderse agotada la faceta territorial de su derecho.

³⁵ Una exposición detallada de toda la jurisprudencia relativa a estas teorías (dicotomía entre existencia y ejercicio, doctrina del objeto específico del Derecho y teoría de la función esencial) desborda los objetivos del presente trabajo. Para una reciente exposición, ver V. KORAH, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oxford, Hart Publ., 2006; ver también HAYS, *op. cit.*, pp. 19-32.

³⁶ Ver, por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 junio de 1971, Asunto 78/70, *Deutsche Grammophon/Metro*, *Rec. 1971*, p. 487; Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 1978, Asunto 102/77, *Hoffmann-La Roche/Centrafarm*, *Rec. 1978*, p. 1139.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 1974, Asunto 16/74, *Centrafarm/Winthorp*, *Rec. 1974*, p. 1183 (p. 8).

³⁸ KEELING señala que en *Centrafarm/Winthorp* el Tribunal de Justicia observó los derechos de marca desde la perspectiva de sus titulares, visión que complementaríamente con la correspondiente a los consumidores en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 1981, Asunto 1/81, *Pfizer/Eurim-Pharm*, *Rec. 1981*, p. 2913; confirmada por las Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996, Asuntos acumulados 427/93, 429/93 y 436/93, *Bristol-Myers Squibb et al.*, *Rec. 1996*, p. I-3457. Después del Asunto *Pfizer/Eurim-Pharm* queda ya claro que la función esencial de la marca es garantizar al consumidor la identidad del origen del producto al permitirle diferenciarlo sin riesgo alguno de confusión de otros de orígenes diversos. Por otra parte, la función esencial también incluye la garantía al consumidor de que el producto no ha sido objeto de interferencia por parte de un tercero sin la autorización del titular de la marca, de un modo tal que pueda afectar a las condiciones iniciales del producto. Ver D. KEELING, «Trade marks and the European Court of Justice», *European Communities Trade Mark Association (ECTA) Trade Marks on Trial*, 25-28 de mayo de 1994, notas 7-8, y texto que las acompaña.

De forma análoga, en *Centrafarm/Sterling Drug*³⁹ se sintetizó el objeto específico del derecho de patente como la garantía para el titular del disfrute exclusivo de la facultad de utilizar la invención para fabricar productos industriales y ponerlos en circulación por primera vez en el mercado único, bien de forma directa o a través de terceros, así como el derecho a perseguir a los infractores. Basándose en estas definiciones, el Tribunal de Justicia estimó que los titulares de los derechos de marca y patente no pueden hacer uso de derechos paralelos en el país de destino para bloquear la importación de medicamentos que consintieron poner en circulación en otro Estado miembro⁴⁰.

En *Merck*⁴¹ el TJCE dejó pasar la oportunidad de supeditar la doctrina del agotamiento del derecho de patente a la satisfacción de un test de recompensa adecuada. El caso era propicio para ello porque, al menos tal como se planteó ante el TJCE, no se trataba de un mero supuesto en el que hubiera una ligera diferencia en el nivel de protección garantizado, sino que en Italia —donde el fabricante había puesto en circulación las mercancías a un precio notablemente más bajo— no se otorgaba en aquel entonces protección alguna a los productos farmacéuticos⁴². El TJCE extendió la doctrina del agotamiento a estos supuestos argumentando que *Merck* pudo haberse abstenido de comercializar sus productos en Italia⁴³. Resulta curioso que, pese a perseguir nominalmente el objetivo de integración de mercados, esta regla podría conducir a una mayor desintegración del mercado único si el fabricante aceptara el envite⁴⁴.

El siguiente caso digno de consideración fue *Primecrown*⁴⁵, en el cual el TJCE dispuso de la oportunidad de reconsiderar la respuesta maximalista dada en *Merck*. Cuando España y Portugal se adhirieron a la CE disponían en sus ordenamientos de protección para los procesos de fabricación

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, Asunto 15/74, *Centrafarm/Sterling*, *Rec. 1974*, p. 1147.

⁴⁰ *Id.*, p. 15.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, Asunto 187/80, *Merck/Stephar*, *Rec. 1981*, p. 2603.

⁴² En realidad, parece que se otorgaba un cierto grado de protección a través de *know how*. Sin embargo, este matiz no estaba integrado en la cuestión prejudicial que el TJCE respondió.

⁴³ *Id.*, p. 11.

⁴⁴ Fuera del mercado farmacéutico existen evidencias de que este fenómeno de clausura de mercados como efecto secundario de la imposición de la libre circulación de mercancías se produjo con relación a dos marcas de whisky (*Johnny Walker red label* y *Dimple Haig*) en el mercado inglés. La desaparición de estas marcas y la subsiguiente creación de una marca específica para el mercado inglés (*John Barr*) con vistas a su segmentación prueban que se trata de un riesgo tangible. Sobre este caso, ver V. KORAH, *Competition and Industrial Policy. Good-bye, Red Label: Condemnation of Dual Pricing by Distillers*, *EL REV.* 3 (1978), p. 62. En el mercado farmacéutico el cierre de un mercado no ha acaecido hasta la fecha, tal vez por el alto coste que acarrearía para las relaciones públicas de un laboratorio y porque, pese a la negativa de las instituciones europeas a aceptarlo (ver, p. ej., el caso *Primecrown*, *cit.*) como límite a la libertad del consentimiento y, por tanto, al agotamiento, los laboratorios sí se sienten sujetos a una obligación ética de suministro. Sin embargo, sí se ha observado un alargamiento del lapso de tiempo trascurrido entre la comercialización de un medicamento en el primer país de la UE y en el último de ellos, pudiendo en ocasiones superar los quince meses.

⁴⁵ *Merck/Primecrown*, *cit.*

de medicamentos, pero no para las moléculas. Pese al compromiso por parte de ambos países de alinear sus regímenes jurídicos suscribiendo la convención europea de patentes, aquellas medicinas que ya estaban en el mercado no eran susceptibles de protección por carecer del carácter novedoso. Para evitar distorsiones que pudieran perjudicar a la industria se articuló un período transitorio de tres años durante los cuales quedó suspendida la libre circulación de fármacos entre estos países y el resto de Estados miembros. Sin embargo, dado que las divergencias en la cobertura no serán eliminadas por completo hasta 2012, los laboratorios trataron de bloquear las importaciones invocando la tutela de los tribunales ingleses. Se recibió así en el TJCE una cuestión prejudicial en la que se sondeaba la posibilidad de corregir Merck con el fin de bloquear dichas importaciones. Téngase en cuenta que la explicación del amplio diferencial de precios no sólo residía en la voluntad de los gobiernos español y portugués de fijar precios de referencia bajos para contener el gasto sanitario, sino también en la obligación de competir con medicamentos genéricos no permitidos aún en otros mercados. El abogado general FENNELLY expresó la opinión de que se debe legitimar a los titulares de patentes para restringir las importaciones provenientes de otros Estados miembros que carezcan de protección, aunque se siga permitiendo el comercio paralelo en los casos en que los dos países difieran sobre la intervención de los precios⁴⁶. En contra de la recomendación de FENNELLY, el TJCE confirmó la vigencia de Merck esgrimiendo en un tono excesivamente formalista que el titular de la patente había consentido la venta en España y Portugal de sus productos con el conocimiento de que no existía protección disponible y, por ello, había asumido los riesgos asociados con la compraventa, incluyendo la vigencia del principio de agotamiento en los países en los que sí se reconocía un derecho exclusivo⁴⁷.

En el caso de los nuevos Estados miembros, la convergencia total será alcanzada, dependiendo de cada caso, entre 2011 y 2019⁴⁸. Habida cuenta de la experiencia ibérica se ha insertado una excepción legal a la regla del agotamiento en los Tratados de Adhesión⁴⁹ que dura hasta la expiración de las patentes. La concepción de la cláusula específica de salvaguarda como

⁴⁶ Ver opinión del abogado general FENNELLY en Merck/Primecrown, cit., p. 104.

⁴⁷ Cit. pp. 31-32.

⁴⁸ Tras la reforma, todos estos países han pasado a reconocer las patentes para productos farmacéuticos, tal y como dispone el art. 27 del Acuerdo de la OMC sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). Malta y Chipre ofrecen este tipo de protección desde, respectivamente, 1900 y la fecha de ocupación británica; la República Checa desde 1991; Lituania, Polonia y Eslovenia desde 1993; y Estonia, Letonia y Hungría desde 1994. Debido a las presiones ejercidas por la industria farmacéutica, los nuevos Estados miembros han introducido también mecanismos retroactivos de protección, aunque éstos ofrecen condiciones diversas en cada país. L. BRAZELL, «The Protection of Pharmaceutical Products and Regulatory Data: EU Enlargement Update» *EIPR*, 3 (2002). p. 156.

⁴⁹ Tratado de Adhesión, tercera parte, título II, anexo IV, apartado 2, «Derecho de sociedades» (DO, L 236, de 23 de septiembre de 2003, p. 797), celebrado en Atenas el 16 de abril de 2003. Análogas disposiciones transitorias serán de aplicación en los casos de Bulgaria y Rumania (ver Anexo V, apartado 1, de su Tratado de Adhesión).

una «derogación» a la regla comunitaria refuerza el argumento de que el sistema europeo se basa en la primera venta con consentimiento y no en un hipotético agotamiento del derecho de patente, título que aquí —como en el ya comentado Merck/Stephar— es inexistente por definición⁵⁰. La excepción permite a los fabricantes discriminar precios, pero sólo para las importaciones con origen en dichos países⁵¹ y cuando se trate de los fármacos antes referidos.

Junto a esta excepción legal a la doctrina del agotamiento, el TJCE ha reconocido en Pharmon⁵² otra lógica singularidad para los casos en que la comercialización se ha realizado por licencia obligatoria (es decir, sin mediar consentimiento del titular de la patente). Pharmon representa, además, un buen ejemplo de la necesidad de cuestionar la aplicación mecánica de la regla del agotamiento. De una parte, siguiendo la línea aplicada en Merck, el TJCE pudo haber argumentado que el mero acto de pedir una patente en el Reino Unido cuando conoce o debería conocer la existencia de un sistema de licencias obligatorias constituía un consentimiento suficiente⁵³. De otra parte, el trato más ventajoso otorgado por el TJCE en Pharmon resulta chocante por cuanto que en el caso de una licencia obligatoria el titular recibe al menos una contraprestación. Además, DEMARET⁵⁴ delata la existencia de otra anomalía cuando el titular de la patente incurre en el error de ceder en una negociación voluntaria, pero condicionada por la existencia de un sistema de licencia obligatoria, ya que perdería su derecho a bloquear el comercio paralelo.

Por último, cabe destacar que la doctrina del agotamiento ha sido consagrada en la legislación comunitaria de varios derechos de propiedad intelectual e industrial. En el caso de las marcas nacionales, dicha codificación se encuentra en el art. 7 de la Directiva de armonización 89/104⁵⁵. En general, dadas las consecuencias negativas de la aplicación de la actual regla del agotamiento, la introducción de reformas sería deseable. En tal sentido se han manifestado DEMARET y GOVAERE⁵⁶ al sugerir la sustitución del test de la primera venta consentida por un criterio de conteni-

⁵⁰ Ver en el mismo sentido P. DEMARET e I. GOVAERE, «Parallel Imports, Free Movement of Goods and Competition Rules: The European Experience and Perspective», en T. COTTIER y P. MAVROIDIS (eds.), *Intellectual Property: Trade, Competition, and Sustainable Development*, The University of Michigan Press, 2003, p. 148.

⁵¹ Malta y Chipre se hayan excluidos de la lista, ya que, como se apuntó antes, la obtención de patentes y certificados de protección suplementaria era posible.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1985, Asunto 19/84, Pharmon/Hoechst, *Rec. 1985*, p. 2281.

⁵³ El argumento proporcionado por el TJCE de que Merck tuvo la opción de no entrar en el mercado italiano y limitar, en cambio, sus ventas a aquellos países en los cuales el nivel de protección le pareciera satisfactorio no es convincente por cuanto es aplicable *mutatis mutandis* a Pharmon.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, P. DEMARET, «Industrial Property Rights, Compulsory Licenses and the Free Movement of Goods under Community Law», *IIIC*, 18 (1987), p. 161.

⁵⁵ Directiva 89/104, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (*DO*, L 40, de 11 de diciembre de 1989, p. 1), modificada posteriormente por el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992.

⁵⁶ *Cit.*, p. 156.

do económico centrado en la comprobación de si el titular del derecho tuvo en el mercado de origen de las importaciones la oportunidad de extraer los réditos económicos que normalmente se asocian a la posesión de tales títulos de exclusividad. Sin embargo, como tal evolución es improbable, el análisis en el epígrafe 5 discutirá, junto a ésta, otras opciones más factibles⁵⁷.

D. REETIQUETADO Y REENVASADO DE FÁRMACOS

Si existe una trinchera intrincada en la guerra de las importaciones paralelas es la correspondiente a este epígrafe. En ocasiones los importadores paralelos se ven constreñidos a manipular los envases originales de las mercancías y/o a volver a fijar las etiquetas con las marcas originales con el fin de incluir las instrucciones en el idioma del país de destino o superar discrepancias regulatorias nacionales en lo relativo a la presentación⁵⁸. Los titulares de los derechos de marca, en particular cuando se trata de compañías farmacéuticas, han esgrimido que estas actividades quebrantan sus prerrogativas, ya que la condición inicial de los productos ha sido alterada. En su jurisprudencia el TJCE ha tratado de alcanzar un equilibrio entre, de una parte, el legítimo interés del titular de la marca y de los consumidores en evitar manipulaciones en los productos que afecten negativamente la condición inicial de los mismos, y, de otra, la necesidad de garantizar la libre circulación de mercancías impidiendo la compartimentación del mercado único en los distintos ámbitos nacionales. Dicho equilibrio se establece sobre la base del art. 7 de la Directiva de marcas⁵⁹. El TJCE ha clarificado que dicha norma, que ahora regula de manera exhaustiva la cuestión del agotamiento de los derechos de marca de los productos comercializados en la UE, debe ser interpretada a la luz de la jurisprudencia alumbrada bajo los arts. 28 y 30 del TCE⁶⁰.

Antes de abordar el análisis necesariamente minucioso de las condiciones bajo las cuales la libre circulación de mercancías impide oponer los derechos de marca frente a las referidas manipulaciones conviene hacer una breve consideración sobre la naturaleza de los derechos creados por el TJCE para favorecer las importaciones paralelas. La introducción de

⁵⁷ El único cambio al régimen del agotamiento que se discute de forma cíclica es la posibilidad de suavizar el principio de exclusión absoluto para las importaciones extracomunitarias de mercancías sujetas a derechos marcarios. El debate se ve estimulado por el hecho de que algunos de los Estados miembros, como Suecia o Reino Unido, aplicaban este régimen hasta que fue armonizado.

⁵⁸ Ver J. NAZERALI, S. HOCKING y U. RENASINGHE, «Parallel Imports of Pharmaceuticals. A Prescription for Success or a Free Market Overdose?», *ECLR* (1998), p. 336.

⁵⁹ El apartado 2 del art. 7 prevé una excepción a la regla del agotamiento para aquellos casos en los que el titular de la marca tenga motivos legítimos que justifiquen su oposición a la comercialización ulterior de los productos, en particular cuando el estado de los mismos se haya modificado o alterado tras su comercialización.

⁶⁰ Al ser Derecho derivado, la Directiva no puede justificar obstáculos al comercio intracomunitario sino dentro de los límites del Tratado CE (Bristol-Myers Squibb, cit.).

la doctrina del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial en virtud del primer acto voluntario de comercialización no supuso una gran novedad jurídica, dada su existencia previa en los distintos ordenamientos nacionales⁶¹. Además, la aplicación de la teoría del agotamiento a nivel europeo implica únicamente la limitación de la facultad de controlar las posteriores ventas de los objetos enajenados, pero dejando en principio indemne la dimensión exclusiva del derecho de propiedad inmaterial. Esta situación contrasta con los supuestos de reetiquetado, reenvasado y/o cambio de marca, donde los importadores paralelos llevan a cabo acciones que *prima facie* están reservadas al titular del derecho de marca⁶². A tenor de tal observación no resultaría ilógico caracterizar los mencionados derechos como una suerte de licencia obligatoria otorgada por razón de utilidad pública (para introducir mayor competencia *intra-brand*) en virtud de la cual el importador paralelo deviene licenciatario del fabricante⁶³. Sin embargo, el TJCE⁶⁴ optó por una vía más tradicional al deducir estas nuevas facultades de la propia doctrina del agotamiento⁶⁵.

En Valium⁶⁶ un importador paralelo adquirió comprimidos de este medicamento en el Reino Unido con la intención de venderlos en Alemania tras reenvasarlos y haber adherido sobre los nuevos envases las marcas «valium» y «roche». Basándose en la definición de la función esencial de las marcas⁶⁷ el TJCE encontró que en esas condiciones el titular estaría legitimado sobre la base de la primera parte del art. 30 para oponerse a la reimportación, pero que dicha oposición constituiría una restric-

⁶¹ Ver, por ejemplo, F. BEIER, «Industrial Property and the free movement of goods in the internal European market», *Int'l Rev. of Intellectual Property & Copyright L.*, 21 (1990), p. 152.

⁶² Ver T. HAYS, *op. cit.*, pp. 62, 88 ss., haciendo hincapié en el hecho de que actividades como el reetiquetado y el reenvasado suponen, a diferencia del agotamiento, una usurpación activa de títulos de exclusividad.

⁶³ Esta tesis la respaldaría, además, el deber creado por vía jurisprudencial que grava al importador paralelo de preavisar y suministrar al fabricante una muestra con el fin de que el último pueda verificar la calidad que el público asociará a su marca.

⁶⁴ Ver Bristol-Myers Squibb, *cit.*, p. 34, haciendo referencia a la jurisprudencia anterior.

⁶⁵ Así, las condiciones que habilitan al importador paralelo a alterar las etiquetas, el envasado e incluso la marca elegida determinan de forma simultánea los límites del derecho de marca desde la perspectiva de su titular (ver *supra* nota 21). Dos son las razones que pudieron impulsar al TJCE a optar por esta línea, cuyo inconveniente más notable es el emborronar los contornos históricos de la doctrina del agotamiento dislocándola para justificar un mecanismo que es sustancialmente distinto. En primer lugar, como apunta HAYS, para acuñar una nueva norma en conflicto con los derechos de protección de la propiedad intelectual el TJCE hubiera debido invocar alguna base legal y así evitar el conflicto con el art. 295 (*op. cit.*, pp. 96-97). En segundo lugar, la articulación como una expropiación podría llevar a problemas de acomodo con las obligaciones asumidas por los Estados miembros en los arts. 16 y 17 del ADPIC.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 1978, Asunto 102/77, Hoffmann-La Roche/Centrafarm, *Rec.* 1978, p. 1139.

⁶⁷ En el párrafo 7 el TJCE señala que la función esencial del derecho de marca es garantizar al consumidor final la identidad del origen del producto que la luce, permitiéndole distinguir, sin posibilidad alguna de confusión, ese producto de otros que tengan otro origen. Esta garantía implica que el consumidor tendrá la certeza de que el producto que adquiere no ha sido alterado por terceros sin la autorización del titular de la marca de una forma que pudiera afectar su condición original.

ción encubierta del comercio paralelo entre Estados miembros (en contravención de la segunda parte del mismo precepto) si se cumplen cuatro condiciones cuya prueba corresponde al importador paralelo⁶⁸. Primero, dado el sistema de comercialización existente, el uso del derecho de marca por el titular contribuye a fragmentar de modo *artificial* los mercados entre Estados miembros. Segundo, se demuestra que el reenvasado no puede afectar negativamente la condición inicial de las mercancías. Tercero, se notifica al titular de la marca antes de poner a la venta el producto reenvasado. Cuarto, salvo en el caso de que el importador paralelo se limite a reetiquetar las mercancías, se informa en los nuevos envases sobre quién es el responsable del proceso de reenvasado adicional. La jurisprudencia ulterior ha precisado estos requisitos al tiempo que los ha extrapolado a casos fuera del sector farmacéutico. Al hilo de las condiciones que habilitan a los importadores paralelos a manipular los bienes, el TJCE hizo varios apuntes en *Bristol-Myers Squibb*⁶⁹ introduciendo, además, una quinta condición. A continuación se llevará a cabo un análisis más exhaustivo de cada una de estas condiciones.

a) *Compartimentación artificial del mercado interior*

Respecto a la segregación de mercados se ha sentado que, no obstante la referencia al término «artificial» en *Valium* y las afirmaciones en *API*⁷⁰ y *American Home Products*⁷¹ que parecían sustentar el requisito de intencionalidad, no se requiere una voluntad deliberada por parte del fabricante de aislar varios mercados. La división puede traer causa de la mera obligación del fabricante de cumplir con formalidades regulatorias o estándares de prescripción médica que varían de un mercado a otro. Se trata, pues, de un criterio puramente objetivo que se satisface una vez se prueba que dos mercados están aislados, uno respecto al otro, como consecuencia de divergencias en los envases utilizados para la comercialización de un mismo producto⁷². Además, el TJCE refrendó su preferencia por los proce-

⁶⁸ Id., p. 14.

⁶⁹ Cit.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de 18 de mayo de 1989, Asuntos acumulados 266 y 267/87, *The Queen/Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers, Rec. 1989*, p. 1295, p. 19.

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1978, Asunto 3/78, *Centrafarm/AHPC, Rec. 1978*, p. 1823, p. 21.

⁷² Incluso cuando uno de los tamaños comercializados en ambos países coincida, no cabe descartar la necesidad del reenvasado si su exclusión cierra una parte importante del mercado de destino de las mercancías. Por otra parte, los requisitos detallados y específicos relativos al envasado que tienen por objeto proteger la salud pública impidiendo que se induzca a error a los consumidores excluyen que se reúnan y se reetiqueten envases de dicho medicamento. No obstante, podrá crearse un nuevo envase si tal reenvasado es objetivamente necesario para que el producto importado acceda de manera efectiva al mercado de otro Estado miembro (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2002, Asunto 433/00, *Aventis Pharma Deutschland, Rec. 2002*, p. I-7761).

sos que, permitiendo la reimportación efectiva, resulten menos intervencionistas⁷³. De esta forma, si la mercancía importada puede acceder de forma efectiva al mercado de un Estado miembro mediante el reetiquetado o mediante la mera adición de nuevas instrucciones, el titular de la marca puede oponerse al reenvasado por no ser objetivamente necesario. Sin embargo, esto no es óbice para que en la determinación de esa necesidad de «acceso efectivo» al mercado, que es la que justifica en última instancia el reenvasado, se tengan en cuenta no sólo las barreras legales objetivas, sino también, como ocurrió en el asunto Merck, Sharp & Dohme⁷⁴, la existencia de resistencias subjetivas por parte de un grupo importante de consumidores. Por contraposición, no existe necesidad si el reenvasado, reetiquetado o sustitución de la marca tienen por único fin la obtención de una ventaja comercial⁷⁵.

b) *Efectos negativos para las condiciones iniciales del producto*

Corresponde al juez nacional verificar que los procesos de reetiquetado o reenvasado no alteran negativamente la condición inicial de los productos contenidos dentro de los envases manipulados. No obstante, a lo largo de su jurisprudencia el TJCE ha ido acuñando diversos ejemplos de situaciones en las que se entiende que es poco probable que se produzca menoscabo del fármaco: 1) cuando el fabricante vende los bienes dentro de un doble envoltorio y el reenvasado sólo afecta al recipiente más exterior⁷⁶; 2) cuando el reenvasado es realizado por una autoridad pública o bajo su supervisión con el fin de garantizar que el producto permanezca intacto⁷⁷; 3) en los supuestos de simple extracción de envases alveolares (tipo «blíster»), frascos, ampollas o inhaladores de su cobertura más externa de cara a introducirlos en un nuevo envase⁷⁸; 4) en las operaciones

⁷³ Id., pp. 55-56.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2002, Asunto 443/99, Merck, Sharp & Dohme, *Rec. 2002*, p. I-3703. Con relación al comercio paralelo de Proscar desde el mercado español, el importador paralelo Paranova alegó que la existencia de resistencias significativas a la compra de productos reetiquetados por parte de los consumidores en el mercado austriaco hacía necesario el reenvasado. Tanto el abogado general como el Tribunal de Justicia dieron luz verde a las pretensiones de Paranova.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2002, Asunto 143/00, Boehringer Ingelheim/Swingard, *Rec. 2002*, p. I-3759, p. 48; Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 1999, Asunto 379/97, Pharmacia & Upjohn, *Rec. 1999*, p. I-6927, p. 44 (comentados más abajo).

⁷⁶ Ver Valium (AHPC), cit., p. 10. En el mismo sentido, ver el posterior Asunto Pfizer/Eurim-Pharm, cit., donde el TJCE dio el visto bueno a una manipulación consistente en sustituir ese segundo envase por un envoltorio transparente que permitía, sin hacer mella en el primero, dejar a la vista la marca.

⁷⁷ Basándose en estas Directrices, el juez nacional competente en Valium decidió finalmente que, a pesar de que Centrafarm cumplía con la legislación holandesa de aplicación, el modo en que envasaba los comprimidos de valium no garantizaba su integridad [Sentencia de 10 de noviembre de 1983, Valium-Roche, BGH, *GRUR* 530 (1984), p. 533].

⁷⁸ Bristol-Myers Squibb, cit., p. 61.

consistentes en la colocación de etiquetas autoadhesivas en frascos, ampollas o inhaladores⁷⁹; y 5) cuando se agregan al envase nuevas instrucciones de uso o información en la lengua del Estado miembro importador, o incluso se inserta un artículo suplementario de origen distinto al titular de la marca pero preavisando a éste⁸⁰.

Por el contrario, se entiende que las mercancías pueden verse indirectamente afectadas si: 1) se omite información importante o se proporciona información inexacta sobre la naturaleza, composición, efectos, uso o almacenamiento del producto; o 2) un artículo suplementario, concebido para la ingestión y dosificación del producto, no se ajusta al método de utilización y a las dosis previstas por el fabricante⁸¹.

c) *Notificación previa al titular de la marca*

Ya en Valium el TJCE fijó la obligación del importador paralelo de notificar al titular de la marca antes de poner a la venta el producto reenvasado. En Bristol-Myers Squibb⁸² el requisito se amplía con la exigencia de hacer entrega de una unidad de muestra para poder así comprobar que el reenvasado llevado a cabo no menoscaba la condición original del producto, que la presentación no es susceptible de dañar la reputación de la marca y que se trata de productos genuinos y no de falsificaciones. La entrega de este espécimen debe de ser directa⁸³. En el caso de mercancías que no sean fármacos, los reimportadores están dispensados de la obligación de proporcionar a los titulares de los derechos de marca una muestra, siendo suficiente el informar a los últimos sobre la intención de comercializar el producto manipulado⁸⁴. Respecto al plazo, corresponde al juez nacional determinar qué tipos de notificación y qué margen de antelación son razonables en atención a las circunstancias del caso. En cualquier caso, en Boehringer/Swingard el TJCE indicó que un período de quince días laborales habría sido suficiente para reaccionar si se hubiera hecho entrega de la muestra de forma simultánea⁸⁵. Por último, aunque tampoco se requiera autorización, la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos y las autoridades nacionales del Estado miembro en el que el medicamento se distribuirá en paralelo

⁷⁹ Id., p. 64.

⁸⁰ Id., p. 65.

⁸¹ COM/2003/0839 final, cit., § 5.2.

⁸² Cit., p. 78.

⁸³ Asunto Boehringer Ingelheim/Swingard, cit., p. 21.

⁸⁴ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-349/95, Frits Loendersloot/George Ballentine, *Rec.* 1997, p. I-6227, pp. 47-51, donde se permitieron las actividades de un importador paralelo que despegaba y volvía a pegar las etiquetas (bien las originales, bien copias) sobre botellas de whisky con el fin de eliminar los códigos de identificación que hubieran permitido al fabricante identificar la fuga en su sistema de distribución.

⁸⁵ Cit., p. 67.

deberán también ser informadas de que esta distribución paralela tendrá lugar⁸⁶.

d) *Indicación de los responsables del reenvasado y de la fabricación del producto*

Debe indicarse de manera clara en el nuevo envase exterior quiénes son los responsable del reenvasado del producto y de su fabricación⁸⁷. Tal información debe ser inteligible⁸⁸ y ha de estar impresa de tal manera que no pase desapercibida a una persona dotada de una agudeza visual ordinaria y que preste un grado normal de atención. No es necesario advertir en dicha indicación que el reenvasado se produjo sin el consentimiento del titular de la marca⁸⁹, dado que dicha declaración podría inducir a la impresión equivocada de que el producto reenvasado es ilegítimo.

e) *Presentación del producto reenvasado*

La presentación del producto no debe ser susceptible de dañar la reputación de la marca ni de su titular, debiendo respetar la naturaleza del producto y los usos del mercado a los que va destinado⁹⁰. Esto es de particular importancia en el caso de especialidades farmacéuticas no hospitalarias, es decir, aquellas adquiridas por los pacientes en oficinas de farmacia.

E. SUSTITUCIÓN DE UNA MARCA POR OTRA DISTINTA

La sustitución de la marca por la utilizada para el mismo producto en el Estado miembro de destino es el remedio más expeditivo desde el punto de vista del Derecho de marcas, pero su aplicación puede ser necesaria para lograr el efectivo acceso de las mercancías reimportadas cuando éstas se comercializan bajo nombres diversos en distintos Estados miembros. El TJCE admitió dicha posibilidad en los asuntos *American Home Products Corporation (AHP)*⁹¹ y *Upjohn/Paranova*⁹² siempre que sea imprescindible y no se trate de asegurar una mera ventaja comercial.

⁸⁶ Comunicación de la Comisión sobre los procedimientos comunitarios de autorización de comercialización de medicamentos (DO, C 229, de 22 de julio de 1998, pp. 4-17).

⁸⁷ De nuevo en el caso de productos distintos a los fármacos no es necesario cumplir con este requisito. Ver Asunto *Loendersloot*, cit.

⁸⁸ Asuntos *Bristol-Myers Squibb*, cit., p. 71; *Pfizer*, cit., p. 12.

⁸⁹ *Bristol-Myers Squibb*, cit., p. 71.

⁹⁰ Id., p. 76.

⁹¹ *Centrafarm/AHP (Valium)*, cit. Este primer caso concernió la reimportación por parte de Centrafarm de un medicamento comercializado como «Serenid D» en el Reino Unido para venderlo

4. APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TCE

Una vez vencida, por efecto de la doctrina del agotamiento, la primera trinchera (es decir, la posibilidad de bloquear el comercio paralelo mediante el ejercicio de derechos oponibles *erga omnes* como los de propiedad intelectual e industrial), los laboratorios acudieron a la trinchera de reserva: la adopción de prácticas comerciales unilaterales o plurilaterales cuya legalidad ha sido analizada a la luz de los arts. 81 y 82 del TCE. Pese a todo, aunque el centro de gravedad del enfrentamiento se ha desplazado hacia esta segunda línea, el combate se mantiene abierto en ambos frentes.

A. ART. 81

Tradicionalmente la Comisión y el Tribunal de Justicia han adoptado una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del art. 81. Guiados por el objetivo clave de la integración de mercados, el concepto de «acuerdo» (así como los otros requisitos de aplicación del art. 81: la noción de lo que constituye una restricción apreciable de la competencia y la afectación del comercio interestatal) ha sido ampliamente definido para erradicar toda conducta de particulares que afecte al comercio paralelo. En el asunto Adalat el TJCE restauró parcialmente los límites del art. 81⁹³. Adalat abre la posibilidad de que, administrado con cautela, el racionamiento del suministro por parte de un fabricante a sus distribuidores a través de ciertos tipos de cuotas sea considerado como un comportamiento puramente unilateral no enjuiciable bajo el art. 81. Esta importante Sentencia fue acogida por la industria farmacéutica de I+D como una «victoria crucial»⁹⁴ que la libera de la obligación de tener que aprovisionar todo el mercado único desde el Estado miembro que exhiba los precios más bajos⁹⁵. Sin embargo, como las implicaciones y las limitaciones de Adalat fueron objeto de análisis pormenorizado desde estas mismas páginas hace un año, el comentario aquí se limita a lo indispensable⁹⁶.

como «Seresta» en Holanda; ambas especialidades eran idénticas desde un punto de vista terapéutico, pero diferían en el sabor. Ante las quejas de AHPC, el TJCE reconoció el derecho del fabricante a identificar sus mercancías con la marca de su preferencia incluso cuando se trate de productos completamente idénticos. No obstante, los importadores paralelos tienen el derecho de cambiar la marca cuando se cumplen las condiciones descritas párrafos anteriores.

⁹² Asunto 379/97, Pharmacia & Upjohn, cit. En este caso, Upjohn comercializaba su antibiótico bajo nombres diversos (DALACIN, Dalacin y Dalacin C) debido a heterogeneidades en la regulación de los distintos Estados miembros. El TJCE aplicó, además del requisito de proporcionalidad/indispensabilidad, la misma lista de requisitos que en los casos más recientes de reenvasado.

⁹³ Asunto C-2/01, BAI & Comisión/Bayer, cit.

⁹⁴ Ver KANTER, *op. cit.*

⁹⁵ Ver <http://www.news.bayer.com/News/News.nsf/id/2004-0002>.

⁹⁶ L. SOUTO SOUBRIER, «La noción de acuerdo y práctica concertada tras el asunto Bayer Adalat», en L. CASES (ed.), *Anuario de la Competencia 2004*, Madrid, Fundación ICO/UAB/Marcial

La definición algo más limitada del concepto de acuerdo entra en colisión con la aproximación propia de la Comisión, preocupada por evitar la proliferación de cuotas de suministro. En el escenario post-Adalat es posible que la Comisión reaccione tratando de conseguir la clase de armonización positiva demandada por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, como los avances en esa vía dependen de la voluntad de los Estados miembros, que muestran reticencias a renunciar a sus prerrogativas⁹⁷, en el corto plazo es previsible que la Comisión adopte una estrategia doble.

De un lado, en contra de la opinión de la doctrina mayoritaria, parece que la Comisión seguirá aplicando el art. 81 a conductas que, si bien son formalmente distintas, son comparables a Adalat desde un punto de vista sustantivo. Así, se siguen condenando las prohibiciones de exportación que tratan de impedir las posibilidades de arbitraje incluso, no obstante el hecho de que éstas deriven de interferencias provocadas por la regulación estatal. Recientemente ha tenido lugar la vista oral del recurso planteado ante el TPI en el caso conocido como «*dual pricing*» o «Glaxo Spain»⁹⁸. Durante dicho trámite, la industria reiteró entre otros el conocido argumento de que, de hecho, tales prácticas no pueden ser consideradas «duals», puesto que su titular real sólo determina un precio (el de las ventas fuera del país), al estar fijado el otro por las autoridades nacionales⁹⁹. Conocida es también la réplica de la Comisión: las compañías farmacéuticas tienen mayor peso en los procesos reguladores nacionales que las empresas de otros sectores, como el de la fabricación de automóviles, también sometidos a un nutrido comercio paralelo¹⁰⁰.

De otro lado, para controlar las cuotas de suministro diseñadas a imitación de las defendidas con éxito por Bayer en Adalat, la Comisión tiene dos posibilidades ante sí. La primera consiste en investigar conforme al art. 81 los convenios entre fabricante y mayoristas en el país de importación y no sólo aquéllos en el país de origen de las mercancías¹⁰¹. La segunda opción, aludida en el xxxv Informe sobre política de competencia¹⁰², es

Pons, 2005, pp. 375-411; U. WICKIHALDER, «The Distinction between an “Agreement” within the Meaning of Article 81(1) of the EC Treaty and Unilateral Conduct», *European Competition J.*, 2, 2006, pp. 87-117. Ver también *infra* §§ 5 y 6.

⁹⁷ Ver *infra* § 6.

⁹⁸ Recordemos a este propósito que la Comisión se negó a conceder una exención al sistema notificado por los laboratorios en 1998 consistente en cargar precios distintos a los mayoristas a los que aprovisionaba en España según éstos exportaran los fármacos a otros Estados miembros o los vendieran *in situ* [Decisión de la Comisión 2001/791, *Glaxo/Welcome (GW)*, DO, L 302/1, de 17 de noviembre de 2001].

⁹⁹ Ver también C. STOTHERS, *op. cit.*, pp. 460-461. En el mismo sentido, ver MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «El injustificado comercio paralelo de medicamentos de precio intervenido», *Gaceta Jurídica*, 201 (junio-julio de 1999), p. 74.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 85.

¹⁰¹ En el caso de Adalat esto implicaría la necesidad de comprobar cuidadosamente la existencia de acuerdos anticompetitivos respecto a la distribución en el Reino Unido. Ver también Asunto C-28/77, *Tepea/Comisión*, *Rec.* 1978, p. 1391 (pp. 39-41), y Decisión de la Comisión 88/172/CEE, *Konica* (DO, L 78/34, 1988, pp. 38-40).

¹⁰² *Cit.*, pp. 74-75.

tratar de perseguir las prácticas que el TJCE ha declarado unilaterales bajo el art. 82, utilizando para ello definiciones de mercado más estrechas que favorezcan el hallazgo de posiciones de dominio¹⁰³. Los casos más actuales se explican por este cambio en el centro de gravedad en la aplicación de las normas *antitrust* desde el art. 81 hacia el art. 82.

B. ART. 82

Pocos asuntos han levantado tanta expectación en los últimos tiempos como Syfait¹⁰⁴. El caso tiene su origen en noviembre de 2000 cuando Glaxosmithkline (GSK) se negó a suministrar a los mayoristas del mercado farmacéutico griego (que a la sazón exhibía los precios más bajos en toda la UE) los volúmenes totales de tres medicinas que éstos habían comandado y respecto de las cuales GSK era dominante. Enojados por el racionamiento, los mayoristas acudieron a la autoridad nacional de competencia (Epitropi Antagonismou) que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE respecto de los hechos descritos. Sin embargo, la expectación se tornó en decepción cuando, tomando la vía contraria a la propuesta por su abogado general, el TJCE señaló que la Epitropi Antagonismou carecía de la independencia necesaria para acudir a la vía del art. 234 del TCE¹⁰⁵.

Pese a todo, los que trabajamos en este campo obtuvimos un premio de consolación: la opinión del abogado general JACOBS¹⁰⁶, que iguala en gallardía y supera en coherencia a la redactada en su día por el abogado general FENNELLY en Primecrown. JACOBS reconoce que una firma dominante puede estar sujeta a una obligación de suministro, pero que tal deber no es en ningún modo automático, ya que el propio TJCE lo ha limitado merced a la existencia de justificación objetiva en numerosas ocasiones¹⁰⁷.

¹⁰³ Sobre este particular, que tampoco será objeto de nuestro análisis, ver F. JENNY, «Pharmaceuticals Competition and Free Movement of Goods», *Hellenic Competition Authority's EU Competition Law and Policy Conference*, 19 de abril de 2002; A. WEARING, I. KIRBY, M. VAN KERCKHOVE y W. VODRA, «Parallel trade in the EU and US pharmaceutical markets», *Cross-border, Life Sciences, Global Counsel Handbooks*, 5 (2004).

¹⁰⁴ Sentencia de 31 de mayo de 2005, Asunto C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait)/GSK AVEE*, *Rec. 2005*, p. I-4609. Para una perspectiva dialéctica sobre el caso, comparar a D. GLYNN, «Article 82 and Price Discrimination in Patented Pharmaceuticals: The Economics», *ECLR* (2005), p. 137, con C. KOENIG y C. ENGELMANN, «Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the Test Stand Article 82: Commentary on the Option of AG Jacobs in the Case Syfait/Glaxosmithkline», *ECLR* (2005), p. 340.

¹⁰⁵ A esta constatación de falta de independencia contribuyó la posible interferencia ministerial, pero también, de manera decisiva, la posibilidad abierta en el párrafo sexto del art. 11 del Reglamento 1/2003 de que la Comisión asuma mediante decisión competencia sobre un asunto. Los problemas que plantea esta postura no son el objeto de estudio de este trabajo. Baste decir que la interpretación del TJCE es problemática en la medida que compromete, o al menos pospone, la aplicación del art. 234 (auténtica garantía para la unificación del Derecho europeo de la competencia) y ello tras haber abierto la aplicación del art. 81 (3) tanto a jueces como a autoridades *antitrust* nacionales.

¹⁰⁶ Opinión de 28 de octubre de 2004.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 69.

A continuación, JACOBS hace referencia a la fragmentación regulatoria que caracteriza el mercado europeo de fármacos y a la necesidad de los fabricantes de limitar las cantidades vendidas a las efectivamente consumidas en el mercado local para, de este modo, poder asegurar un suministro adecuado en todos y cada uno de los mercados nacionales¹⁰⁸. Finalmente, tras analizar las peculiaridades del mercado farmacéutico, el abogado general alcanza la conclusión de que la restricción por parte de GSK de los suministros con el fin de evitar el comercio paralelo de medicamentos es un medio razonable y proporcional de protección de sus intereses¹⁰⁹. En la encrucijada actual, lo único que podemos dar por seguro es que la parte del litigio que pierda esta primera refriega en el ámbito nacional recurrirá y el caso volverá de una u otra manera a Luxemburgo.

Para concluir esta sección es preciso hacer una breve reseña de la decisión de la Comisión Astra Zeneca¹¹⁰, en la cual el TJCE sentó la doctrina de que las conductas dirigidas a retrasar la entrada de especialidades genéricas equivalentes pueden ser constitutivas de abuso¹¹¹. Astra Zeneca disfrutaba de posición dominante en el mercado de inhibidores de la bomba de protones merced a su fármaco «antiácido» Losec (omeoprazol). La Comisión multó con 60 millones de euros al fabricante por un doble abuso de su privilegiada posición dirigido a excluir la competencia genérica y las importaciones paralelas. En concreto, se encontró que Astra Zeneca había abusado al 1) proporcionar información falsa a la oficina de patentes cuando sus patentes estaban a punto de caducar para así obtener un certificado de protección complementaria¹¹², y 2) extender de facto el período de protección al dificultar la entrada de importaciones paralelas, así como de los productores de genéricos que no pudieron beneficiarse de la vía del procedimiento abreviado, mediante el expediente de remover el registro correspondiente a Losec en comprimidos ante diversas oficinas de patentes nacionales una vez que sus patentes caían en el dominio público¹¹³. Por último, resulta interesante observar que la Comisión ha enfatizado que la existencia de mecanismos regulatorios específicos para perseguir este tipo de abusos no precluye la vía del abuso de posición

¹⁰⁸ Id., pp. 84-91.

¹⁰⁹ Id., p. 100.

¹¹⁰ Decisión de 15 de junio de 2005, caso COMP/37507. Al tiempo de concluir este trabajo una versión provisional pública está disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37507/prov_version.pdf. Ver también las referencias de la Comisión a este caso en el precitado xxxv Informe sobre la política de competencia 2005.

¹¹¹ Ver S. LAWRENCE y P. TREACY, «The Commission's AstraZeneca decision: delaying generic entry is an abuse of a dominant position», *J. of Intellectual Property L. & Practice* (2005) (disponible en <http://jiplp.oxfordjournals.org/cgi/content/full/1/1/7>).

¹¹² Más información al respecto en J. GUNTHER y C. BREUVART, «Misuse of Patent and Drug Regulatory Approval Systems in the Pharmaceutical Industry: An Analysis of US and EU Converging Approaches», *ECLR* (2005), p. 669; FAGERLUND y RASMUSSEN, «AstraZeneca: the First Abuse Case in the Pharmaceutical Sector», *Competition Policy Newsletter*, 3 (2005), p. 54.

¹¹³ Posteriormente hubo un cambio legislativo para evitar que la remoción del registro por causa distinta a la protección de la salud suspendiera la autorización de comercialización de los importadores paralelos. Ver *supra* § 3.A).

dominante, si bien limita la posibilidad de invocar el art. 82 a aquellos casos en que los organismos ante los cuales se perpetra el abuso no tengan un significativo margen de discrecionalidad.

5. ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE AJUSTE (DE LEGE FERENDA)

En un extremo del espectro podemos decidir no hacer nada para corregir la situación actual. En el extremo opuesto podemos sustituir la regla de agotamiento automático aplicable a las ventas hechas dentro del Espacio Económico Europeo (EEE) por una regla de exclusión *per se* similar a la aplicada a las ventas llevadas a cabo fuera del EEE. Entre estos dos extremos hay, al menos, cinco soluciones intermedias que consisten en: 1) permitir a los fabricantes dificultar el comercio paralelo cuando las diferencias de precio provengan, bien de una diferencia en la protección ofrecida por los sistemas de patentes, bien de diferencias en los controles estatales de precios; 2) permitir restricciones sobre importaciones paralelas sólo cuando no exista protección de patentes; 3) limitar el cambio de política a los casos en que existan divergencias en las medidas estatales sobre precios; 4) combinar aspectos de la segunda y tercera propuestas (éste será el camino propuesto en este trabajo), y 5) la solución escogida en Adalat¹¹⁴.

JOLIET¹¹⁵ defiende la primera solución, de conformidad con la cual debería revisarse la regla de agotamiento allí donde los mercados están distorsionados por medio de medidas de carácter público, tales como el control estatal de precios o donde no se halle disponible la protección de patentes. La misma opinión ha sido expresada por KORAH¹¹⁶, quien aboga por la adopción de una solución diseñada a través de las normas de competencia y limitada a sectores como el farmacéutico. La propuesta que aquí se hará puede también leerse como una variante de esta última subespecie.

El abogado general FENNELLY prestó apoyo a una posición divergente en su opinión en el caso *Primecrown*¹¹⁷, manifestando el parecer de que debiera permitirse a los titulares de patentes restringir las importaciones

¹¹⁴ Deliberadamente estimo que la amplia expresión «permitiendo obstáculos al comercio paralelo» comprende tanto la posibilidad de suavizar la aplicación de la regla de agotamiento automática como la de mitigar las normas de competencia en restricciones verticales. Aunque distintas desde un punto de vista legal, ambas son ampliamente equivalentes en términos económicos.

¹¹⁵ R. JOLIET, «Patented articles and the Free Movement of Goods within the EEC», *Current Legal Problems* (1975), p. 15.

¹¹⁶ Ver V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, Hart Publ., 1997, p. 270: «Para mí es irrelevante que el beneficio del monopolio sea disminuido por falta de patente o por otras medidas gubernamentales en el país exportador. La función de una patente es dar beneficios a un monopolio y puede ser debilitada tan eficazmente, y a veces aun más eficazmente, mediante el control de precios». De la misma autora, véase también la reciente obra *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁷ Ver *supra* § 3.C).

provenientes de Estados miembros que no disponen de derechos de propiedad industrial, pero no de aquellos donde los productos patentados están simplemente sujetos a medidas estatales de control de precios más rigurosas¹¹⁸. Esta solución se antoja insuficiente porque, como ha sido expuesto en el párrafo anterior, incluso cuando los derechos de patente están reconocidos, el monopolio legal puede quedar privado de toda significación económica si los precios máximos quedan fijados a niveles muy bajos.

En tercer lugar, en 1985 HAWK¹¹⁹ sugirió la posibilidad de eximir los sistemas duales de precios cuando se trate de mercancías sujetas a regulación estatal de precios. En la misma línea, MARTÍNEZ LAGE¹²⁰ recalcó que la Comisión ha vulnerado repetidamente el mandato recibido del TJCE de usar sus poderes en materia *antitrust* para evitar las distorsiones de la competencia derivadas del control estatal de precios. Tal obligación estaría basada en el siguiente aserto del Asunto Centrafarm/Sterling:

*«Forma parte de las tareas de las autoridades comunitarias eliminar aquellos factores que produzcan distorsión de la competencia entre los Estados miembros, concretamente, mediante la armonización de las medidas nacionales para el control de precios y la prohibición de ayudas que sean incompatibles con el mercado común, además del ejercicio de sus poderes en el campo de la competencia»*¹²¹.

MARTÍNEZ LAGE argumenta que esta declaración judicial obliga a la Comisión a utilizar todas sus facultades en el campo de la competencia para eliminar o, al menos, atemperar la distorsión causada a la libre competencia por los controles estatales de precios, mientras que el Consejo no armonice dichos instrumentos¹²². Aunque la interpretación propuesta por MARTÍNEZ LAGE era económicamente superior y legalmente deseable, no era la única posible ni la que se impuso en la práctica jurisprudencial¹²³.

¹¹⁸ Con este compromiso el abogado general probablemente trató, en balde, de persuadir al TJCE para corregir su postura al menos respecto a la Sentencia Merck.

¹¹⁹ B. HAWK y A. VICTOR, «Panel discussion-National Institute on Industrial and Intellectual Property - Issues relating to foreign commerce», *Antitrust L. J.*, 53 (1985), p. 803.

¹²⁰ S. MARTÍNEZ LAGE, «State Price Control and EC Competition Law», *Fordham Corp. L. Institute* (1996), p. 161.

¹²¹ Ver Asunto De Peiper/Sterling, cit.

¹²² Cit., p. 172.

¹²³ Una interpretación alternativa es que el Tribunal de Justicia sólo quiso atraer la atención de la Comisión y del Consejo sobre la necesidad de superar las inconsistencias en los sistemas estatales de regulación de precios mediante la adopción de medidas de armonización, así como reforzando la prohibición a las ayudas estatales. La expresión *«además del ejercicio de sus poderes en el campo de la competencia»* tendría entonces que ser interpretada al mismo nivel y por contraste con la eliminación (legislativa) de factores estructurales de distorsión. Esta interpretación estaría en consonancia con el objetivo último del TJCE, que no era otro que el reforzar la competencia de la UE impidiendo la adopción por los Estados miembros de medidas unilaterales, en violación de las reglas de libre circulación de mercancías. Además, en apoyo de esta tesis milita una multitud de casos en los que no se hizo referencia alguna a la posibilidad de aplicar las normas tuteladoras de la competencia con el fin de eliminar las distorsiones provocadas por la interferencia entre sistemas

En cualquier caso, sobre esta base, MARTÍNEZ LAGE instó a la Comisión a que cambiase la política de competencia en lo relativo al tratamiento de las negativas de suministro, las prohibiciones de exportación, las cláusulas dirigidas a controlar el destino final de los productos en litigio y las obligaciones de aplicar diferentes precios según el destino final de tales productos¹²⁴. Apoyando una argumentación similar, FERNÁNDEZ VICIÉN¹²⁵ considera que debe permitirse a las empresas responder a tales distorsiones de mercado impidiendo las importaciones paralelas a través de los cuatro mecanismos arriba mencionados. Por su parte, MARTÍNEZ SÁNCHEZ¹²⁶ expresa preferencia por una solución regulatoria¹²⁷, pero advierte que la solución «*antitrust*» es aceptable siempre que no aborte el desarrollo de comercio paralelo real. ¿Existiría dicho riesgo si a la no aplicación del art. 81 a un sistema de cuotas se sumara el reconocimiento de una causa objetiva de justificación en sede de abuso de posición dominante? No, porque tales soluciones jurisprudenciales limitan la posibilidad de bloquear el comercio paralelo al mercado farmacéutico; único caso en que los distribuidores están obligados por ley a mantener un *stock* suficiente¹²⁸ para proveer al mercado nacional.

regulatorios discrepantes. Ver Centrafarm/Sterling, cit., p. 24; Centrafarm/Winthorp, cit., p. 16; Asuntos C-55 y 57/80, Musik-Vertrieb Membran GmbH/GEMA, Rec. 1981, p. 24, y Bristol Myers Squibb/Paranova, cit., p. 46. De hecho, en sus observaciones en Adalat el TPI (p. 179) cuestionó la interpretación restrictiva de las normas de competencia hasta un punto en que la existencia de convenio no puede ser demostrada, pero no criticó, en cambio, el esquema normal de aplicación de las mismas.

¹²⁴ Cit. pp. 173-174. Una diferencia importante entre esta solución y la propuesta por JOLIET es que aboga por un tratamiento más suave de las normas de competencia aplicables a acuerdos y a conductas unilaterales, pero no propone alterar las condiciones de ejercicio de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Esta diferencia es relevante porque, a diferencia de un acuerdo, los derechos de propiedad pueden ejercerse *erga omnes*.

¹²⁵ C. FERNÁNDEZ VICIÉN, «Why Parallel Import of Pharmaceutical Products should be forbidden», *ECLR*, 4 (1996), p. 224.

¹²⁶ Cit.

¹²⁷ Esta misma preferencia la expresa HAYS, *op. cit.*, p. 395.

¹²⁸ 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 análogas 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) 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, párrafo 57)] (la cursiva es mía). Los importadores paralelos han querido ver en la expresión de *cierre* destacada en cursiva 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

Resumiendo, las críticas de este tercer grupo de autores se centran en el supuesto en el que haya divergencia en los instrumentos de control estatal de precios. Por tanto, los canales de comercio paralelo permanecerían abiertos en los casos en que los precios no resultasen distorsionados por los mecanismos estatales de control, aun cuando la protección por medio de patentes no se hallara disponible. Pese al hecho de que, en apariencia, existe autoridad en Centrafarm para atajar ambas formas de distorsión, los autores arriba mencionados optan deliberadamente a favor de una interpretación restrictiva¹²⁹. Tres son las razones que sustentan esta postura. Primero, se ha dicho que el factor real de distorsión es la intervención del Estado en oposición a la falta de protección de la propiedad industrial. Una segunda justificación radica en que para discrepancias en los monopolios legales, al revés que para disparidades en los controles estatales de precios, se ha fijado una fecha de defunción¹³⁰. Como explicación final puede admitirse que la situación en la que la protección de las patentes diverge pero los precios no están distorsionados por los mecanismos estatales reguladores no pasa de la teoría¹³¹. Además, la distinción entre el primero y el tercer grupo de autores ha perdido gran parte de su importancia como consecuencia de la inclusión en el Tratado de Adhesión de mecanismos específicos de salvaguardia¹³².

REY y VENIT han expresado un parecer que puede clasificarse dentro de la tercera posición¹³³. El razonamiento de estos autores hace esencialmente hincapié en dos proposiciones. Primera: es principio bien establecido que las medidas particulares adoptadas por las empresas para contrarrestar distorsiones del mercado que no les son imputables no son, por sí mismas, restrictivas de la competencia aun cuando limiten de forma apreciable la libertad de otros actores económicos¹³⁴. Segunda: en su *obiter*

sentido véase 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» (EAEP, *Commission Loses Adalat Case but Parallel Traders Say Battle Against Supply Quota System will Continue*) (disponible en <http://www.eaepc.com>).

¹²⁹ Al menos teóricamente, el citado párrafo 23 podría apoyar la necesidad de intervención legal aun en los casos en los que, existiendo derechos de exclusiva en las dos jurisdicciones afectadas, el nivel real de protección varía, dado que tal divergencia es susceptible de «distorsionar la competencia entre Estados miembros». No obstante, la armonización positiva ha reducido el número de instancias en las que el nivel de protección varía. Además, la aplicación de un criterio de este tipo tropezaría con considerables dificultades prácticas.

¹³⁰ El TJCE ha reconocido que la armonización de las medidas de control estatal de precios no podrá ser adoptada dentro de un futuro predecible. Primecrown, cit., p. 47.

¹³¹ Un caso muy típico es el de fijación de las condiciones de reembolso por parte del Estado donde la molécula está ya en el dominio público por referencia a la especialidad genérica más barata de la sustancia. En estas circunstancias está claro que la falta de protección tiene una influencia directa en el precio fijado. Invirtiendo la ecuación puede concluirse que, abordando la armonización de los sistemas de control de precios, las autoridades en materia de competencia podrían también controlar las distorsiones derivadas de discrepancias en la protección mediante títulos de exclusiva.

¹³² Ver *supra* § 3.C).

¹³³ P. REY y J. VENIT, «Parallel Trade and Pharmaceuticals: A Policy in Search of Itself», *E. L. Rev.*, 29 (2004), pp. 171-173.

¹³⁴ *Id.*, p. 171, citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 1976, Asunto 26/76, Metro/Comisión (Metro I), *Rec. 1977*, p. 1875; la Decisión de la Comisión 85/616/EEC,

dictum en Adalat, el TPI parece desear extender este principio a las distorsiones que deriven puramente de la acción del Estado cuando afecten al comercio transfronterizo¹³⁵. Por lo tanto, parecería razonable que se produjese un giro en un futuro próximo en el tratamiento de las conductas arriba descritas. Nuevamente, la interpretación dada por REY y VENIT es deseable en términos *de lege ferenda*. De cualquier modo, no está claro que el Tribunal en el caso Adalat estuviese realmente preparado para recomendar este cambio¹³⁶.

Un problema marginal pendiente en la tercera proposición en todas sus variantes es que el tratamiento de las importaciones paralelas de productos farmacéuticos amparados por patentes se equipara al de las medicinas cuyos períodos de exclusividad han expirado ya en el país de importación. Esta asimilación es cuestionable en la medida que el impacto competitivo y los efectos innovadores difieren en ambos casos. Trataremos, por lo tanto, de desarrollar una cuarta posición, un híbrido de las soluciones segunda y tercera. Esta posición ayudará, en teoría, a superar los problemas que ambas soluciones plantean por separado, manteniendo al tiempo sus ventajas intrínsecas. Bajo la fórmula propuesta se mantendrá la interpretación benigna de las normas de competencia en el tratamiento de conductas restrictivas del comercio paralelo de mercancías con precios fijados por el Estado, pero supeditado a que la protección de la patente no haya expirado en el Estado miembro que recibe las importaciones paralelas¹³⁷. El motivo de esta precaución sería impedir la exportación de la regulación de precios sólo en los casos en que la diferencia de precios esté directamente relacionada con los incentivos I+D. Podría argüirse que los beneficios supracompetitivos obtenidos por los fabricantes en la

Villero & Boch (DO, L 376/15, 1985), y la Decisión de la Comisión 80/789/EEC, Distillers Co. Ltd./Victuallers (DO, L 233/43, 1980).

¹³⁵ El argumento de REY y VENIT se basa en el párrafo 179 de la Sentencia del TPI: «No está permitido a la Comisión intentar conseguir un resultado como el de armonizar los precios en el mercado de productos farmacéuticos, mediante la interpretación extensiva o restrictiva de la Sección 1 (Reglas aplicables a empresas) del capítulo I del título VI del Tratado, especialmente cuando el Tratado dota a la Comisión de los medios específicos para perseguir tal armonización en casos como éste en los que no cabe la menor duda de que las amplias disparidades en los precios traen causa de la diversidad de mecanismos estatales para fijar los precios y las normas de reembolso» (la redonda no está en el original).

¹³⁶ La expresión en cursiva en el párrafo anterior deja espacio para argumentar que en los casos en que, al contrario que en Adalat, cabe inferir la existencia de una práctica colusoria, la Comisión no estaría forzando las reglas de competencia con el fin de perseguir su cruzada integradora. Es legítimo preguntarse si tal interpretación es meramente formalista e incluso incorrecta desde un punto de vista económico; lo deseable es que se reconozca el carácter procompetitivo de tales prácticas incluso cuando sean «acuerdos».

¹³⁷ La regla propuesta recuerda a la tercera solución en la medida en que su *casus operandi* se centra en la intervención estatal del precio. Sin embargo, al revés que en dicha posición, incluye una condición respecto a la protección por derechos de patente. La inclusión de este control adicional aproximaría esta propuesta a la segunda posición. Sin embargo, a diferencia del compromiso ofrecido por FENNELLY al TJCE, la norma por la que abogo no tendría en cuenta la carencia general de protección para suspender el comercio paralelo, sino que examinaría si la protección en el país de destino de las importaciones ha caducado para desechar la posibilidad de excluir el comercio paralelo a través de medidas de autoayuda.

venta de medicinas cuya protección de patente ha expirado sirve también de apoyo a futuras inversiones en I+D. Sin embargo, existen dos razones para negar validez a este argumento.

La primera es que cualquier posible insuficiencia en los incentivos ofrecidos a los investigadores debe atajarse mediante la reforma del ámbito material o temporal de protección de la patente (un ejemplo en este sentido es el representado por los certificados complementarios de protección)¹³⁸, y no erosionando la competencia en el mercado con el fin de permitir ganar beneficios supracompetitivos por la venta de sustancias que ya han caído en el dominio público¹³⁹. La segunda razón estriba en que el diseño de una excepción al comercio paralelo que abarque los supuestos en que haya expirado la protección de la patente estimulará a los fabricantes a derrochar en publicidad con objeto de mantener diferencias de precio sustanciales respecto a los productos genéricos¹⁴⁰. Es un hecho bien conocido que, tras caducar la patente, los productos farmacéuticos de marca mantienen precios notoriamente más altos que los de los compuestos genéricos equivalentes durante un considerable lapso de tiempo¹⁴¹. Así, el propietario de una patente próxima a su caducidad puede sentirse tentado a retener una parte de su poder de mercado que derive de la patente (si éste existe) trasvasándolo a la marca¹⁴². Esta estrategia comercial puede generar problemas cuando el titular legal erige, con éxito, barreras a la entrada de genéricos. La aplicación de la doctrina del genericismismo registral¹⁴³ para encarar este problema es inadecuada, ya que impo-

¹³⁸ Los certificados complementarios de protección son instrumentos que aumentan el período de exclusividad de productos farmacéuticos para evitar la disminución en su período de validez causada por las demoras en diversos trámites. Ver Reglamento (CEE) núm. 1768/92 del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos (DO, L 182, de 2 de julio de 1992, p. 1). Se adoptaron medidas de reforma similares en EEUU en 1984 y en Japón en 1987.

¹³⁹ En otras palabras, para evitar comportamientos estratégicos los incentivos deben situarse lo más próximos posible a los procesos que se intenta estimular. Esto explica la aparente contradicción entre, por una parte, la ampliación de la validez de protección de una patente mediante los CCP y, de otra, la convergencia creciente en la adopción de normas que exceptúan determinadas conductas destinadas a la fabricación para su almacenamiento de genéricos en los meses previos a la caducidad de la patente (exenciones Bolar y de acumulación de existencias). La incorporación a la legislación española de la cláusula Bolar es una de las novedades del «Proyecto de ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios» (diciembre de 2005). Para un análisis de estos mecanismos en una perspectiva transatlántica, ver GUNTHER y BREUVART, *op. cit.*

¹⁴⁰ El efecto indicado sería especialmente apreciable en los Estados miembros cuya cultura respecto a genéricos esté subdesarrollada entre médicos y farmacéuticos, y esto evite sustituir, por baratos equivalentes genéricos, las medicinas de marca recetadas.

¹⁴¹ Ver J. HUDSON, *Generic take up in the pharmaceutical market following patent expiry: an International Study*, Universidad de Bath, Facultad de Ciencias Sociales, marzo de 1997.

¹⁴² En el caso de los fármacos, la única razón por la que este efecto queda relativamente oculto al hombre de la calle es porque la promoción de medicinas bajo receta, al contrario que la publicidad de las no amparadas por ésta, está, como es lógico, dirigida a los médicos más que, directamente, a los consumidores. Ver A. GEDDES, «Free Movement of Pharmaceuticals within the Community: The Remaining Barriers», *E. L. Rev.*, 6 (1991), p. 296, señalando que el mercado de medicamentos sujetos a receta es peculiar en el sentido de que los elige una persona, los consume otra y los paga un tercero.

¹⁴³ Conforme a la reglamentación comunitaria de las marcas, las que consisten exclusivamente en signos o indicaciones que han venido a ser habituales en el lenguaje habitual o en la práctica *bona*

ne estrictos requisitos legales, y debido sobre todo al hecho de que, aun superados éstos, su aplicación encuentra una fuerte oposición bajo el argumento de que la misma entraña expropiación¹⁴⁴. Por esta razón se llega a la conclusión de que el comercio paralelo de medicinas de marca con patente caducada proporciona un instrumento eficiente para introducir los beneficios de la competencia genérica en aquellos mercados donde los efectos de las patentes ya caducadas son particularmente duraderos.

A diferencia de otros casos, el único efecto que se deriva de permitir el comercio paralelo cuando ha expirado la protección de la patente es el de coadyuvar a restringir la protección contra la competencia otorgada por los derechos de patente a sus límites estatutarios originales. Podría objetarse que habría que confiar en la competencia de genéricos en el país de importación más que en las importaciones paralelas. No obstante, dicha objeción pasaría por alto que una de las principales funciones del mercado único es, precisamente, superar las imperfecciones de los mercados nacionales independientes¹⁴⁵. En cierto sentido, el mecanismo de importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la UE supone una ventaja competitiva sobre el sistema americano para la introducción de competencia en genéricos¹⁴⁶.

La quinta posición es la adoptada en el caso Adalat, en el que el Tribunal optó a favor de restringir la aplicación del art. 81 en relación al comportamiento que bloquea el comercio paralelo mediante el establecimiento de ciertos límites al hasta entonces casi ilimitado concepto del término «acuerdo». La solución propuesta en el caso Adalat no puede ser

fide usada en el comercio deben ser rechazadas. Si ya han sido registradas como genéricas es motivo de invalidez. Ver el párrafo primero del art. 51.1.a) del Reglamento CE 40/94 del Consejo, de 20 diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria de 20 de diciembre de 1993 (DO, L 11/1, 1994).

¹⁴⁴ El art. 27 ADPIC prohíbe la expropiación de marcas registradas. Una solución alternativa prevista en el reciente proyecto español de Ley del Medicamento es la prescripción de ingredientes activos como oposición al nombre comercial (cit., art. 84).

¹⁴⁵ Obsérvese también que el contra-argumento de que los beneficios desaparecerían porque sólo los intermediarios se benefician de las importaciones paralelas tiene aquí una validez limitada. La razón radica en que, aun cuando los fabricantes no puedan contrarrestar el comercio paralelo mediante incremento de precios en el país de origen, sí pueden competir abaratando sus precios en el de destino. Este efecto no puede ser invocado seriamente como contrario a los esfuerzos en I+D precisamente porque los productos afectados están ya dentro del dominio público.

¹⁴⁶ Para acelerar la entrada de genéricos en EEUU se promulgó la Ley Hatch Waxman [codificada como 15 USC, §§ 68b-68c, 70b (1994); 21 USC, §§ nota 301, 355, 360cc (1994); 28 USC, § 2201 (1994); 35 USC, §§ 156, 271, 282 (1994)], disponiendo un período de exclusividad de ciento ochenta días para la primera compañía que registre una solicitud abreviada para un nuevo genérico [Abbreviated New Drug Application (ANDA)]. Además, la Ley contempla la provisión de un plazo de treinta meses que impide al fabricante de un genérico empezar a vender cuando el laboratorio titular de la patente plantea un litigio. Sin embargo, estos complicados instrumentos reguladores han generado problemas. A menudo la Federal Trade Commission ha detectado pagos de retorno de laboratorios de I+D a productores de genéricos con el fin de alentar a éstos a invadir el período de ciento ochenta días de exclusividad sin realmente aportar al mercado el producto genérico. Para corregir estos problemas se ha modificado la Ley en el sentido de 1) permitir sólo un período de treinta meses por fármaco y por solicitud, y 2) requiriendo a los fabricantes de marcas y a los solicitantes de genéricos de primer registro para presentar copias de sus convenios y otros acuerdos a la FTC. La simpleza de la solución de las importaciones paralelas contrasta con esta pesadilla regulatoria.

homologada con cualquiera de las alternativas ya estudiadas en esta sección. Por una parte, al contrario que en las proposiciones de JOLIET y FENNELLY, no se fundamenta en la limitación de la regla del agotamiento como medio que permita a los fabricantes contener el comercio paralelo. En su lugar, ratifica la posibilidad de que un fabricante instrumentalice unilateralmente un sistema nacional de cuotas sin infringir el art. 81. Por otra parte, la doctrina Adalat difiere de las soluciones formuladas por HAWK, MARTÍNEZ LAGE y otros autores en varios aspectos importantes.

Primero, la solución Adalat no permite al fabricante discriminar en contra de los mayoristas que colaboran con los comerciantes paralelos.. Segundo, Adalat se interesa por la necesidad de definir adecuadamente el término «acuerdo» del art. 81, reforma mucho más modesta que la consistente en legalizar las diversas prácticas que hoy por hoy se siguen considerando anticompetitivas por el mero hecho de restringir el comercio paralelo de mercancías vendidas a precios previamente manipulados por una intervención regulatoria. De este modo, en el mejor de los casos, Adalat puede sólo ser considerado como una instrumentación parcial y aislada del mandato Centrafarm. Es parcial porque, sustantivamente, está limitada a uno de los cuatro casos propuestos. Es también aislada porque, concentrándose sobre la definición del concepto de acuerdo y práctica concertada, invalida su posible extensión a otros casos donde la existencia de colusión está fuera de dudas¹⁴⁷. Resumiendo, comparado con la posición arriba referida del tercer grupo de autores, y también con la propuesta defendida en este artículo, la solución propuesta por Adalat es, a la vez, más amplia y más estrecha.

Una última fuente de problemas en el caso Adalat es la distancia entre la realidad económica subyacente y el texto legal articulado. A nivel sustantivo se trata de evitar ulteriores distorsiones del mercado que deriven intrínsecamente de la combinación contradictoria entre la descoordinación de precios fijados por los Estados y la libre circulación de mercancías a través del EEE. En contraste, a nivel formal, la cuestión es determinar si una acción concreta es meramente unilateral o si constituye una práctica concertada en el sentido del art. 81. Las reformas radicales en política de competencia realizadas por la Comisión en los últimos años han conducido a una racionalización de las leyes tutelares de ésta y a una aplicación intensiva de la teoría económica en la interpretación de la normativa legal. No obstante, se ha mantenido un tratamiento riguroso de los comportamientos supuestamente restrictivos en los mercados aún no comple-

¹⁴⁷ Por ejemplo, en Organon [Caso IV/M.555 (1995), DO, C 65/4], donde los laboratorios Organon instrumentalizaron un nuevo sistema de precios en relación con las píldoras Marvelon y Mercilon, según el cual sólo las píldoras vendidas en el Reino Unido estarían beneficiadas por un descuento del 12,5 por 100 en su venta, la Comisión no dudó en encontrar que el fabricante había concluido así un convenio ilegal para conseguir una discriminación de precios dependiente del destino geográfico de las mercancías. Organon retiró el esquema de precios y el caso no terminó en litigio. Ver NAZERALI *et al.*, *op. cit.*, p. 339, criticando la postura de la Comisión por no tener en cuenta las presiones bajo las cuales había actuado Organon.

tamente integrados. Adalat ha sido un primer paso en la dirección correcta, pero amenaza con el resurgimiento de cierta rigidez. Para evitar este efecto colateral hay una urgente necesidad por parte de la Comisión y del TJCE de reexaminar profundizando el estudio de los aspectos sustantivos del comercio paralelo.

Un último debate que se ha insinuado a lo largo de esta sección es si el «armisticio» entre importadores paralelos y laboratorios debe ser propiciado por cauces regulatorios o jurisprudenciales. En este sentido, el problema del «parche» jurisprudencial Adalat+Syfait, si finalmente se materializara, no sería tanto de errores tipo 2 (falsas exoneraciones) como de tipo 1 (falsas condenas), ya que algunas conductas a las que debiera darse luz verde continuarían prohibidas, como los acuerdos de precios duales¹⁴⁸. Ésta es la razón por la que algunos autores, como los comentados MARTÍNEZ SÁNCHEZ y HAYS, abogan por una solución regulatoria. A pesar de que por la vía jurisprudencial es más difícil lograr la coherencia de conjunto, el TPI tiene una buena oportunidad de poner un ladrillo más en el comentado asunto Glaxo Spain.

6. ¿HACIA UN MERCADO ÚNICO DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS?

Como ya se expuso anteriormente, las instituciones de la UE han tratado con mano dura los intentos, públicos y particulares, de bloquear el comercio paralelo. Está fuera de toda duda que, como resultado de esta política, los consumidores disfrutan hoy de muchos de los frutos de un mercado integrado. Sin embargo, la adopción del principio de agotamiento, virtualmente sin restricción alguna, bajo las normas de libre circulación de mercancías y propiedad intelectual e industrial, conjuntamente con la aplicación *per se* o *quasi per se* de reglas de ilegalidad en el ámbito de la normativa de competencia, ha sido seriamente contraproducente para el bienestar del consumidor en aquellos supuestos donde la discriminación en el precio habría contribuido a estimular esfuerzos de innovación y un mercado menos distorsionado.

Se ha señalado con frecuencia que el progreso conseguido al crear una verdadera competencia paneuropea conduciría a un tratamiento legal más flexible de los acuerdos de partición del mercado¹⁴⁹. En tal sentido, y siguiendo la terminología utilizada por el abogado general POIARES¹⁵⁰,

¹⁴⁸ Ver *infra* § 6. Ver también SOUTO SOUBRIER, *op. cit.*, p. 411.

¹⁴⁹ Ver M. POIARES, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1998. Aunque el estudio de los derechos de patente está expresamente excluido del análisis de POIARES, las consideraciones hechas aquí apoyan parcialmente su tesis.

¹⁵⁰ Ver también K. MORTELMANS, *Towards Convergence in the application of the Rules on Free Movement of Goods and on Competition?*, 2001 (38 CMLR 613), advirtiendo que tras el estableci-

durante su período académico es necesario evolucionar desde una fase de «construcción del mercado», caracterizada por poner el énfasis en las conductas que afectan al mercado único, a otra de «mantenimiento del mercado», en la que el acento recaerá en la defensa de la competencia como tal.

En el caso de las medicinas se han hecho importantes progresos desde 1965 en áreas tales como autorizaciones de mercado, tratamiento de la información exclusiva, restauración de la vida efectiva de las patentes, farmacovigilancia, etiquetado, y diversa regulación sobre etiquetado, prospectos de instrucciones y publicidad¹⁵¹. Sin embargo, la situación relativa a políticas de precios y reembolsos continúa siendo un retazo dejado a las diversas interpretaciones nacionales¹⁵². Por tanto, no existe aún un verdadero mercado farmacéutico para la totalidad de la UE¹⁵³.

Hace dos décadas HAWK hizo hincapié en la necesidad de armonizar los precios de los productos farmacéuticos, ya fuese eludiendo los controles impuestos por los Estados miembros mediante medidas comunitarias o, preferiblemente, siguiendo la tradición legal americana, dejando sin efecto legal la totalidad de estos controles por aplicación del art. 28¹⁵⁴. Sin embargo, los Estados miembros de la UE son reticentes a abandonar la regulación de precios. Aún más, el sistema americano parece inclinarse, al menos indirectamente, a favor de una posición más legalista¹⁵⁵. En la actualidad, las perspectivas de conseguir una armonización total en la UE o una deregulación completa de precios son poco prometedoras. Las diferencias entre las posiciones de Estados miembros orientados a los precios y de Estados miembros orientados a I+D¹⁵⁶ son de difícil conciliación (y no siempre totalmente sinceras)¹⁵⁷, porque el control de precios sigue siendo crucial al ser creciente la importancia de la factura farmacéutica

miento del Mercado único, la función alocativa (la que asegura que los consumidores son provistos de productos en las cantidades adecuadas) se ha hecho más dominante.

¹⁵¹ Una recopilación de los instrumentos legislativos de la UE sobre política sanitaria en: http://ec.europa.eu/health/horiz_legal.htm.

¹⁵² La financiación, gestión y organización de la sanidad son competencias de los Estados miembros. Ver Boletín del Consejo núm. 8528/98, de 18 de mayo, que resume que los Estados miembros tendrán el control sobre los mecanismos de regulación de precios y reembolsos; ver también *G10 High Level Group on Innovation and Provision of Medicines, Recommendations for Action*, Informe de 7 de mayo de 2002, en su § 5, señalando que las competencias de los Estados sobre reembolsos deben ser respetadas (disponible en http://ec.europa.eu/health/ph_overview/Documents/kev08_en.pdf).

¹⁵³ Ver ROTHNIE, *op. cit.*, nota 1. Ver también NAZERALI, HOCKING y RANASINGHE, *op. cit.*, p. 334, identificando la existencia de quince mercados nacionales diferentes en lugar de un solo mercado farmacéutico europeo. Ahora el número es 25... y sigue creciendo.

¹⁵⁴ *Cit.*, p. 803.

¹⁵⁵ Ver la Ley de Acceso al Mercado Farmacéutico de 2003 (HR 2427, Congreso 108, 11 de junio de 2003). Faculta al secretario de Sanidad a promulgar reglamentos para la importación de fármacos de receta FDA originarios de veinticinco países industrializados, incluyendo Canadá y la mayor parte de los países de la UE.

¹⁵⁶ La terminología se toma de REY y VENIT, *op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁷ Es fácil para las autoridades de un país consentir nominalmente a las exigencias de los laboratorios mientras por la puerta de atrás siguen entrando medicamentos baratos con los que contener el gasto público o el gasto privado (de aseguradoras y consumidores) rebajando el coste político de

tanto en el gasto sanitario general como en las cifras de PIB nacionales¹⁵⁸. De hecho, puede que la convergencia total no sea deseable debido a las amplias disparidades en renta per cápita en la comunidad ampliada. Dada esta situación, el trabajo de armonización posterior debería descansar en tres principios: (i) la distinción entre productos farmacéuticos dispensables sólo con receta médica y aquellos que no la precisan (también conocidos como «de mostrador»), (ii) la dicotomía entre fármacos sujetos a patente y aquéllos sin patente, e (iii) la necesidad de reconocer, al interpretar y desarrollar la ley, la íntima conexión entre liberalización de precios e importaciones paralelas.

Todas las instituciones de la UE han reconocido la relevancia de las diferencias existentes entre medicinas con prescripción/sin prescripción, y con patente/sin patente¹⁵⁹. El TJCE concedió importancia a la dicotomía «con receta/sin receta» en el contexto de un caso referente a pedidos a través de Internet dentro del mercado único¹⁶⁰. También en lo relativo a las medidas de armonización se ha ido reconociendo la relevancia de estas categorías progresivamente. Primero, existe consenso sobre la supresión de los controles gubernamentales de precios sobre los medicamentos sin receta¹⁶¹. La recomendación del «*think tank*», conocido como «G10»¹⁶², ha ido más lejos animando a la liberalización de todas las medicinas no reembolsadas públicamente¹⁶³. Segundo, por lo que respecta a las medici-

la primera decisión. Existen incentivos legales a la penetración de las importaciones paralelas en Dinamarca, Alemania, Holanda, Suecia, Reino Unido, Suecia y Noruega. KANAVOS, COSTA I FONT, MERKUR y GEMMILL, *op. cit.*, pp. 62-67.

¹⁵⁸ Ver BRAZELL, *op. cit.*, p. 159. También S. JACOBZONE, *Pharmaceutical Policies in OECD countries: Reconciling Social and Industrial Goals*, OECD, 2000 (disponible en: <http://dg3.eudra.org/F3/g10/docs/OECDpharma.PDF>).

¹⁵⁹ Ver, por ejemplo, las conclusiones del comisario BANGEMANN, *Comunicación de la Comisión sobre mercado único en fármacos*, Tercera mesa redonda sobre la constitución de un mercado farmacéutico único, 7 de diciembre de 1998 [COM (1998) 588, 25 de noviembre de 1998], donde la Comisión propuso varias soluciones para los mercados de medicamentos sin receta, con patente y sin patente.

¹⁶⁰ Asunto C-322/01, *Deutscher Apothekerverband/0800 DocMorris NV & Jacques Waterval*, *Rec. 2003*, p. I-14887, donde el Tribunal mantuvo que la legislación nacional alemana que prohibía la importación de medicinas por vía postal desde farmacias con licencia en otros Estados miembros, atendiendo órdenes individuales formuladas por consumidores a través de Internet, es una medida contraria al art. 28. El TJCE resolvió que la medida en cuestión estaba justificada como medida de salud pública del art. 30 en el caso de medicinas bajo receta, pero no para las que no la precisan. Pende también un caso similar sobre las ventas de productos farmacéuticos por el grupo sueco Apoteket, controlado por el Estado.

¹⁶¹ Comunicación de la Comisión, *Una industria farmacéutica europea más fuerte para beneficio del paciente. Llamada a la acción* [COM (2003) 383], Respuesta de la Comisión de 1 de julio de 2003 al *G10 High Level Group on Innovation and Provision of Medicines*.

¹⁶² Ver el precitado informe del *G10 Recommendations for Action*, § 6.

¹⁶³ Esta recomendación va más lejos, porque el concepto de fármacos no reembolsables comprende no sólo todas las medicinas sin receta, sino también algunos fármacos con prescripción considerados no esenciales de acuerdo con los criterios de beneficio terapéutico y efectividad de costo por cada uno de los Estados miembros. La aceptación de esta regla puede tener el sorprendente efecto de revertir el sentido del flujo de las importaciones paralelas, de modo que algunos fármacos viajarían de los Estados miembros tradicionalmente proteccionistas a países como el nuestro. La razón reside en que los Estados con «precios orientados» están más preocupados por controlar el aumento del gasto farmacéutico y tienden a aplicar listas más restrictivas de medicinas reembolsa-

nas sin patente, la Comisión ha recomendado aligerar la intervención reguladora directa y permitir el suministro de genéricos en los Estados miembros donde no exista producto de referencia¹⁶⁴. Finalmente, en relación con los productos farmacéuticos sujetos a patente, la Comisión también ha estudiado las vías para desarrollar niveles más altos de competencia de precios¹⁶⁵. En su mayor parte, estas vías y desarrollos ensamblan correctamente con la proposición que se hace en este artículo de que los titulares de patentes deberían estar facultados para limitar las importaciones paralelas de los productos farmacéuticos de precio regulado con sujeción a la condición de que la protección de la patente no haya expirado en el Estado miembro de destino.

De una parte, la regla aquí propuesta podría limitarse a productos farmacéuticos sujetos a receta médica de modo que se permitiese el comercio paralelo de productos no sujetos a receta tras la desregulación de precios. Si tal desregulación fuese más amplia, como sugiere el G10, de modo que afectase a los productos recetables pero no reembolsables, la posibilidad de bloquear las importaciones podría incluso limitarse a las medicinas reembolsables, contando con estas modificaciones legislativas¹⁶⁶.

De otra parte, con relación a los medicamentos recetables sin patente, la opinión expuesta en este trabajo es favorable al comercio paralelo de los productos de marca cuya patente ha expirado. Esta norma sería acorde y complementaría al consenso sobre la necesidad de facilitar la entrada al mercado de genéricos tras la caducidad de las patentes¹⁶⁷.

Finalmente, en lo relativo a los productos farmacéuticos sujetos a receta y bajo patente en vigor, los fabricantes deben ser autorizados a bloquear el comercio paralelo. Esta última propuesta colisiona de forma frontal con el parecer de la Comisión, a tenor del cual la fragmentación regulatoria no es motivo para ajustar la aplicación de las normas sobre libre circulación de mercancías¹⁶⁸. Recientemente la Comisión ha asimilado tales movimientos de medicamentos al advenimiento del mercado único para estas mercancías¹⁶⁹. Sin embargo, lo cierto es que el mantenimiento de un grado

bles. Esto ayuda a ilustrar que el comercio paralelo no es consecuencia de una resistencia numantina al cambio por parte de los Estados miembros con menores ingresos. Es más un efecto colateral de las disparidades regulatorias irracionalmente combinadas con una norma *per se* a favor de la libre circulación de mercancías.

¹⁶⁴ Ver COM (2003) 383, cit.

¹⁶⁵ Id.

¹⁶⁶ De cualquier modo, desde un punto de vista teórico, apoyarse en la falta de receta o reembolso representaría un criterio más débil que sustentarse en la presencia o ausencia de una patente de protección. La razón estriba en que la última es una función directa de las inversiones I+D (XXXV Informe sobre la política de competencia 2005, p. 72).

¹⁶⁷ Hay varios ejemplos de este consenso, incluyendo en particular: 1) la propuesta discutida más arriba de permitir el suministro de genéricos donde no exista producto de referencia; 2) la proliferación de medidas animando a la prescripción y dispensa de genéricos (leyes de sustitución), y 3) diferentes medidas tendentes a facilitar la producción de genéricos. Véase el precitado informe del G10.

¹⁶⁸ COM (1998) 588, cit.

¹⁶⁹ XXXV Informe sobre la política de competencia 2005, *op. cit.*, p. 74.

óptimo de diversidad nacional limita la posibilidad de armonizar los niveles de precios y, por ello, requeriría el bloqueo de este grupo de importaciones paralelas cuya racionalidad, e incluso legitimidad¹⁷⁰ (a pesar de la pretensión en contra de la Comisión¹⁷¹), resulta dudosa. De no hacerlo y continuar permitiendo la exportación de la política de precios orientados (óptima para algunos Estados miembros) a países que tradicionalmente han querido favorecer la inversión en I+D, el daño a la industria farmacéutica puede ser irreparable¹⁷². Para superar esta inconsistencia recurrente y proteger la competitividad de la industria farmacéutica y el bienestar de los consumidores en la UE debe admitirse que la definición de «mercado único» ha de ser rebajada en el caso de las medicinas sujetas a derechos de patente y las importaciones paralelas restringidas en tanto persistan las disparidades en la regulación de sus precios¹⁷³. La adopción desde un principio de una norma clara en este sentido hubiera ahorrado muchos de los costes «militares» que aún hoy genera esta anacrónica guerra de trincheras.

¹⁷⁰ El art. 152 TCE incorporado por el Tratado de Ámsterdam introdujo la obligación de que «[a] definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana». La grosera política de reimportación actual contraviene este mandato, ya que, sin generar eficiencias alocativas significativas («static effects are at best neutral»), compromete seriamente los incentivos en I+D. Ver KANAVOS, COSTA I FONT, MERKUR y GEMMILL, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷¹ COM (2003) 839, cit.

¹⁷² Los siguientes estudios han confirmado el retroceso de la industria farmacéutica europea frente a la norteamericana. A. GAMBARDILLA, L. ORSENIGO & F. PAMMOLLI, «Global Competitiveness in Pharmaceuticals: A European Perspective» (noviembre 2000). Informe preparado para Report prepared for DG Enterprise, European Commission; O. SCHÖFFSKI, *Diffusion of Medicines in Europe*, University of Erlangen-Nürnberg, (diciembre 2002). Ligeramente más tranquilizadoras son las conclusiones del estudio llevado a cabo bajo encargo de la Comisión Europea por CHARLES RIVER ASSOCIATES, *Innovation in the Pharmaceutical Sector* (noviembre 2004).

No obstante, en un reciente documento, el grupo de presión de los importadores paralelos defiende la posición de que el objetivo fijado en la agenda de Lisboa de convertir a la Unión Europea en la economía más dinámica y más competitiva del mundo en 2010 es favorecido por la actual política de reimportación. Ver EAEP, *For a strong and innovative European-pharmaceutical industry*, junio de 2006 (disponible en http://www.eaepc.org/admin/files/eaepc_paper_on_r&d_debate.doc). Pese a su claro sesgo, el estudio contiene algunos puntos interesantes como es la constatación de que la obtención de una patente en el sector farmacéutico no siempre implica que el medicamento basado en ella proporcione una mejora o una novedad respecto a otras medicinas disponibles. Este argumento, sin embargo, tiene ramificaciones menos directas a las pretendidas por el lobby de los reimportadores. De una parte, subraya la necesidad de aplicar con precisión y/o de llevar a cabo reformas en los requisitos de patentabilidad; de la otra, no explica por qué la competencia *interbrand* (que representan los medicamentos con los que comparte indicación terapéutica) no hace innecesaria la introducción forzada de competencia *intra-brand* mediante el comercio paralelo de medicamentos propietarios. Por otra parte, los argumentos en el sentido de que el crecimiento del sector en los últimos años contradice las quejas por parte de la industria pasa por alto que, merced a esta política, los laboratorios pueden estar desviando su inversión de la investigación básica a otras áreas más lucrativas, como la correspondiente a las especialidades farmacéuticas publicitarias, cuyo interés para el consumidor es, cuanto menos, cuestionable.

¹⁷³ En apoyo de esta tesis ver también STOTHERS, *op. cit.*, p. 465, señalando que «la cuestión política de la que no se habla a menudo es [...] si las políticas internas de mercado deberían operar con toda libertad en sectores tales como el mercado farmacéutico donde los precios están distorsionados, aplicando a la totalidad del mercado interior las decisiones políticas adoptadas en cualesquiera otros Estados miembros para contener los precios, o si debería hacerse una excepción en tales sectores, a la espera de la tan deseada armonización de medidas políticas».

LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA EN EL CASO WANADOO INTERACTIVE

Enrique CAÑIZARES PACHECO *

Consultor

NERA Economic Consulting

1. INTRODUCCIÓN

En julio de 2003 la Comisión Europea decidió sancionar a Wanadoo Interactive (en adelante, Wanadoo), filial del Grupo France Telecom, por abuso de posición dominante consistente en la fijación de precios predatorios en el mercado francés de servicios de acceso a Internet de banda ancha para clientes residenciales¹. En particular, la Comisión consideró que Wanadoo había tratado de excluir la competencia de este mercado situando los precios de sus productos Wanadoo ADSL y eXtense por debajo de costes a lo largo del período comprendido entre enero de 2001 y octubre de 2002.

Uno de los aspectos más interesantes de este caso radica en la polémica que suele acompañar a las intervenciones públicas que imponen límites a la capacidad de un operador dominante para rebajar sus precios (en este caso, por debajo de costes) dado que, por lo general, se entiende que las reducciones de precios son consistentes, con lo que cabría esperar en un mercado donde los operadores compiten de forma agresiva y, al menos en el corto plazo, suponen un beneficio para los consumidores.

Por otra parte, y pese a que la decisión de la Comisión se refiere exclusivamente a la política de precios minorista de Wanadoo, este caso

* El autor agradece los comentarios realizados por Fernando JIMÉNEZ, José María RODRÍGUEZ y Eduardo PRIETO, todos ellos economistas en NERA Economic Consulting, al borrador de este artículo. El autor agradece especialmente las aportaciones de George SIOTIS, profesor e investigador en la Universidad Carlos III de Madrid, en el transcurso de una presentación de este caso y que han servido como guía para elaborar gran parte de los comentarios realizados en la sección del artículo. Las visiones expresadas en el artículo son las del autor y no tienen por qué corresponderse con las de NERA Economic Consulting.

¹ La decisión ha sido recurrida por Wanadoo ante el Tribunal de Primera Instancia (recurso de 2 de octubre de 2003). El Tribunal de Primera Instancia no se había pronunciado sobre el recurso en el momento en que se redactó este artículo.

comparte elementos comunes con el nutrido conjunto de precedentes acumulado hasta la fecha por reguladores y autoridades de competencia europeos en relación con situaciones de estrechamiento de márgenes (*o price squeeze*) en el sector de las telecomunicaciones.

Este tipo de situaciones se produce cuando un operador presente en dos mercados verticalmente relacionados, uno «aguas abajo» de —por ejemplo— suministro de un bien final y otro «aguas arriba» de provisión de un factor productivo necesario para suministrar el bien final, adopta una política de precios tal que el margen existente entre los precios del factor productivo y el bien final es insuficiente para operar de forma rentable en el mercado «aguas abajo».

En el caso que nos ocupa, el mercado «aguas abajo» se correspondería con el de prestación de servicios de acceso a Internet de banda ancha para clientes residenciales, donde Wanadoo comercializa sus productos Wanadoo ADSL y eXtense, y el mercado «aguas arriba» con el de provisión de acceso mayorista a ciertas facilidades de red, donde el Grupo France Telecom ocupa una posición preeminente en su calidad de propietario de la red telefónica conmutada sobre la que se prestan los servicios ADSL.

Este artículo reflexiona de forma general sobre algunos de los criterios que deben guiar la intervención de las autoridades en relación con la política de precios minorista de los operadores dominantes utilizando como marco de referencia el caso Wanadoo. Se estructura en tres epígrafes adicionales. El epígrafe 2 introduce brevemente los fundamentos económicos del análisis de políticas de precios predatorios y de estrechamiento de márgenes. El epígrafe 3 sintetiza la decisión de la Comisión. El epígrafe 4 concluye con algunos comentarios.

2. PRECIOS PREDATORIOS Y ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES

A grandes rasgos, las conductas abusivas por parte de un operador dominante pueden agruparse en tres categorías: (i) la *explotación* de clientes o consumidores mediante, por ejemplo, la fijación de precios excesivos; (ii) la *exclusión* de la competencia del mercado, ya sea mediante el debilitamiento o la eliminación de rivales existentes o disuadiendo la entrada de rivales potenciales; y (iii) la *discriminación*, que normalmente incluye elementos de una o más de las categorías anteriores.

Tanto los precios predatorios como el estrechamiento de márgenes se encuadrarían en la segunda categoría de abusos orientados a excluir la competencia del mercado.

En el caso de la predación, el operador dominante fija sus precios por debajo de (una determinada medida de) costes. No existe una visión uná-

nime sobre cuál es el estándar de costes relevante a la hora de determinar si un precio es o no predatorio. En Estados Unidos, el criterio utilizado tradicionalmente era el propuesto por AREEDA y TURNER, que considera que sólo aquellos precios que se sitúan por debajo de los costes variables medios del operador dominante (como aproximación de sus costes marginales) pueden ser predatorios². En cambio, en Europa el estándar de costes es algo más difuso y en ocasiones han llegado a considerarse predatorios incluso precios que se situaban por encima del coste medio del operador dominante³. En cualquiera de los casos, el operador dominante estaría rebajando sus precios y renunciando a una parte de sus beneficios (o incluso incurriendo en pérdidas) con el objeto de excluir la competencia del mercado⁴.

En el estrechamiento de márgenes, el operador dominante suministra un factor productivo *esencial* para el desarrollo de la actividad en un mercado situado «aguas abajo» en el que compite con otros operadores. La situación de estrechamiento se produce cuando el margen existente entre los precios fijados por el operador dominante para el recurso productivo y el bien comercializado en el mercado «aguas abajo» es insuficiente para que un rival eficiente (o al menos tan eficiente como el dominante) opere de forma rentable en el mercado «aguas abajo». Por tanto, en un test de estrechamiento lo que preocupa es el margen existente entre el *precio* minorista y el *precio* mayorista, mientras que en uno de predación la clave radica en la diferencia entre el *precio* minorista y los *costes* de la actividad mayorista⁵.

En telecomunicaciones, la existencia de una férrea regulación de precios en los mercados mayoristas lleva a que los estrechamientos de márgenes se deban en la mayor parte de los casos a que el precio del operador

² De acuerdo con BOLTON, BRODLEY y RIORDAN (2001), el test de AREEDA y TURNER era el estándar legal utilizado en los casos de predación en Estados Unidos hasta la decisión del Tribunal Supremo en el caso Brooke. En este caso, el Tribunal no se manifestó favorable a ningún estándar de costes en concreto, si bien dejó claro que para que un precio fuese considerado predatorio debía situarse por debajo de alguna medida de costes.

³ La Comisión Europea publicó a finales del año 2005 un documento de discusión en el que proponía un marco para el análisis de los abusos orientados a excluir la competencia del mercado y se invitaba a las partes interesadas a enviar sus comentarios. En lo referente a precios predatorios, la Comisión propone un test en el que los precios que se sitúan por debajo del coste medio evitable (coste medio incremental de largo plazo en el caso de determinadas industrias, entre otras, telecomunicaciones) son por lo general considerados predatorios, mientras que los precios que se sitúan por encima del coste medio evitable y por debajo del coste medio total son considerados predatorios bajo determinadas circunstancias. Los precios que se sitúan por encima del coste medio total son considerados predatorios sólo en casos excepcionales. Comisión Europea (2005), pp. 28-38.

⁴ De acuerdo con la definición de precios predatorios propuesta por la Comisión Europea: «A efectos del art. 82, los precios predatorios pueden definirse como la práctica en la que un operador dominante recorta sus precios y con ello incurre de forma deliberada en pérdidas o sacrifica beneficios en el corto plazo con el objeto de eliminar o disciplinar uno o más de sus rivales o prevenir la entrada de uno o más de sus rivales potenciales dificultando de esta forma el mantenimiento del grado de competencia todavía existente en el mercado o el crecimiento de dicha competencia», Comisión Europea (2005), p. 28. Traducción del texto original en inglés.

⁵ Ver, por ejemplo, OFTEL (2003a).

dominante en el mercado «aguas abajo» (o minorista) es excesivamente bajo y guarden de esta forma una cierta similitud con los precios predatorios. De hecho, si el precio mayorista está orientado a costes, la existencia de una situación de estrechamiento implica necesariamente que el precio minorista del operador dominante se sitúe por debajo de sus costes y, por tanto, que pueda asimismo ser considerado predatorio⁶.

Pero es que incluso en aquellos casos en que no existe obligación de orientar precios mayoristas a costes, el operador dominante que pone en práctica un estrechamiento está, al menos en el corto plazo, sacrificando beneficios, dado que para él resultaría más rentable suministrar el recurso productivo al precio mayorista que suministrarlo al cliente final al precio minorista⁷. Así, dados los costes (por ejemplo, de comercialización) que supone para el dominante la actividad minorista, la existencia de un estrechamiento implica necesariamente que no es posible operar de forma rentable en el mercado «aguas abajo» y, por tanto, que los ingresos (el precio minorista) son insuficientes para cubrir los costes (la suma del precio mayorista y los costes de comercialización). La situación de estrechamiento puede de esta forma caracterizarse utilizando la siguiente expresión:

$$\text{precio minorista} - \text{precio mayorista} - \text{costes comercialización} < 0$$

Si se reordena esta expresión, se comprueba de forma matemática el sacrificio de beneficios que supone para el operador dominante la situación de estrechamiento:

$$\text{precio mayorista} > \text{precio minorista} - \text{costes de comercialización}$$

Las intervenciones de las autoridades en materia de precios predatorios y estrechamiento de márgenes con mercados mayoristas regulados se encuentran, por lo general, rodeadas de una cierta polémica dado que tanto en uno como en otro caso se pone en tela de juicio la libertad del operador dominante para rebajar sus precios. En principio, las reducciones de precios son consistentes con lo que cabría esperar en un mercado competitivo y, al menos en el corto plazo, benefician al consumidor.

A pesar de ello, la intervención puede estar justificada si el operador dominante rebaja sus precios con el único propósito de excluir la competencia del mercado. Una vez logrado este objetivo, podría incrementar los precios por encima del nivel al que se encontraban antes de rebajarlos y, de esta forma, recuperar los beneficios sacrificados durante el período de precios bajos. En este caso, de no mediar intervención, el efecto neto sobre el bienestar del consumidor será probablemente negativo.

⁶ CROCONI y VELJANOVSKI (2003), p. 33, se refieren a esta situación como estrechamiento de márgenes predatorio. Ver también BOUCKAERT y VERBOVEN (2004).

⁷ Ver RODRÍGUEZ y PRIETO (2005), p. 2.

Las circunstancias bajo las cuales un operador dominante puede llegar a excluir la competencia a través de cualquiera de estas prácticas son muy concretas. En el caso de los precios predatorios, la clave radica en la mayor parte de los casos en que el operador dominante se encuentre en una posición de privilegio a la hora de mantener sus precios por debajo de costes durante un período prolongado de tiempo (o, al menos, que exista la expectativa de que se encuentra en dicha posición), lo que a su vez requiere que goce de una mayor capacidad financiera que sus rivales o de un mejor acceso a los mercados de capitales⁸.

En el caso del estrechamiento de márgenes, el recurso productivo suministrado por el operador dominante en el mercado «aguas arriba» debe ser *esencial*. Ello a su vez requiere que el operador dominante sea prácticamente monopolista en el suministro del recurso y que sus rivales en el mercado «aguas abajo» no tengan la posibilidad de recurrir a recursos productivos sustitutivos para desarrollar su actividad⁹.

Para que el operador dominante considere racional poner en práctica una estrategia de precios predatorios o estrechamiento de márgenes no basta, sin embargo, con que sea capaz de excluir la competencia. Además debe anticipar una elevada probabilidad de recuperar los beneficios sacrificados durante el período de precios bajos. Este será el caso, por ejemplo, si la ausencia de rivales de entidad o la existencia de barreras a la entrada le garantizan que podrá incrementar sus precios una vez concluido este período. Cuando se encuentra presente de forma simultánea en varios mercados, el operador dominante podría, asimismo, encontrar rentable la utilización de este tipo de estrategias en uno de ellos si de esta forma consigue establecer una reputación de operador «agresivo» y disuadir la entrada en los restantes¹⁰.

En Estados Unidos, el test de recuperación de pérdidas constituye una parte imprescindible del análisis de precios predatorios¹¹. En cambio, la Comisión Europea lo considera un elemento de juicio adicional que *puede* ser tenido en cuenta y, de hecho, se inclina claramente por la utilización de evidencia sobre la *intencionalidad* de la práctica (esto es, si con ella se persigue o no excluir la competencia)¹².

⁸ Una posibilidad consiste en que el acceso de los rivales del operador dominante a los mercados de capitales se vea dificultado por la existencia de asimetrías de información. Así, en un contexto de información asimétrica, los mercados de capitales desconocen si las pérdidas sufridas por los rivales del operador dominante durante el período predatorio se deben a una práctica predatoria o a cualquier otro motivo (por ejemplo, a que la demanda ha sido sobreestimada o ha sufrido una contracción). De esta forma, pueden revisar sus expectativas sobre la rentabilidad del negocio y, en caso de disponer de alternativas de inversión superiores, retirar capital y forzar su salida del mercado. Ver BOLTON, BRODLEY y RIORDAN (2001) y KATE y NIELS (2002).

⁹ Incluyendo la posibilidad de integrarse verticalmente en el mercado «aguas arriba» y autosuministrarse el recurso productivo. Ver ARON (2002), p. 5, y CROCIONI y VELJANOVSKI (2003), pp. 40-41.

¹⁰ BOLTON, BRODLEY y RIORDAN (2001).

¹¹ BOLTON, BRODLEY y RIORDAN (2001).

¹² Comisión Europea (2005).

La aparente dificultad para lograr la exclusión y posterior recuperación y, en consecuencia, el hecho de que las pérdidas derivadas de implementar este tipo de estrategias se incurran de forma inmediata y segura, mientras que los beneficios son inciertos y sólo se realizan al cabo de un tiempo, ha llevado a diversos autores (la mayor parte perteneciente a la Escuela de Chicago) a afirmar que son poco comunes en la práctica¹³.

Con independencia de que esto sea así, lo cierto es que son múltiples las razones por las que un operador dominante puede rebajar sus precios (incluso por debajo de costes) y que no todas tienen que ver con objetivos de naturaleza anticompetitiva. Las que aparecen de forma más recurrente en la literatura y el análisis de las autoridades son la fijación de precios introductorios y la respuesta a la competencia. En el primero de los casos, un operador (sea o no dominante) que comercializa un nuevo producto o servicio (o que entra en un nuevo mercado) fija precios bajos (incluso por debajo de costes) con el objeto de inducir a los consumidores a probarlo y, de esta forma, generar una demanda lo suficientemente fuerte y estable. En el segundo caso, el recorte de precios por parte del operador dominante se produce en respuesta a recortes de precios similares por parte de uno o más de sus competidores.

3. EL ANÁLISIS DE LA COMISIÓN EN WANADOO

A. DEFINICIÓN DE MERCADO Y POSICIÓN DE WANADOO

De acuerdo con el análisis de la Comisión, el mercado relevante para valorar la conducta de Wanadoo es el de provisión de servicios de acceso a Internet de banda ancha para clientes residenciales en Francia. Los proveedores de este tipo de servicios —los denominados ISPs (o *Internet Service Providers*)— facilitan a sus clientes la posibilidad de navegar por páginas web, enviar y recibir correo electrónico o acceder a ficheros y aplicaciones con velocidades de descarga de datos superiores a los 256 kbits/segundo.

Para prestar estos servicios, los ISPs requieren disponer de acceso a determinadas facilidades de red que los conecten físicamente con el usuario final. A este respecto, cabe distinguir dos categorías de ISPs. Por un lado están los ISPs que carecen de red propia y acceden al usuario a través de la red telefónica conmutada (RTC) de France Telecom equipada con la tecnología ADSL. Así, France Telecom —en su condición de incumbente

¹³ KATE y NIELS (2002), pp. 1-2, sintetizan la postura de los economistas de la Escuela de Chicago en relación con los precios predatorios de la siguiente forma: «Desde el punto de vista de la Escuela de Chicago, la predación sólo es una estrategia rentable para el operador dominante en raras ocasiones (si es que lo es en algún caso) y, por tanto, su racionalidad es dudosa. Su principal línea argumental se centra en que la predación es extremadamente costosa en el corto plazo (especialmente en comparación con estrategias alternativas), mientras que la posibilidad de que los costes incurridos puedan ser compensados por beneficios de monopolio futuros es incierta, dada la posibilidad o amenaza de reentrada (o nueva entrada) de rivales» (traducción del texto original en inglés).

en telecomunicaciones fijas y propietario de la RTC— está obligado a facilitar a cualquier ISP que lo solicite los servicios de acceso mayorista necesarios para este fin. El precio de estos servicios mayoristas es fijado por France Telecom, si bien está sujeto a autorización por parte del regulador. Wanadoo pertenece a esta primera categoría de ISPs (proveedores ADSL). Por otro lado están los ISPs que han desplegado su propia infraestructura y que, en el momento en el que la Comisión analiza el mercado francés, prácticamente se limitan a los operadores de cable.

En opinión de la Comisión, Wanadoo es dominante en este mercado. La Comisión señala que su cuota de mercado es elevada y crece de forma consistente a lo largo del período de análisis considerado. Así, y tal y como se aprecia en la tabla 3.1, la cuota de Wanadoo en banda ancha pasa del 40-50 por 100 en diciembre de 2000 al 70-80 por 100 en agosto de 2002. Su cuota en el segmento de proveedores ADSL es aún mayor, aunque experimenta un ligero descenso al pasar del 90-100 por 100 en diciembre de 2000 al 80-90 por 100 en octubre de 2002.

TABLA 3.1

CUOTA DE MERCADO DE WANADOO

| | | | |
|---------------------------|------------|------------|------------|
| Banda ancha | 31-12-2000 | 31-12-2001 | 31-08-2002 |
| Wanadoo | 40-50 % | 60-70 % | 70-80 % |
| Wanadoo/rival más próximo | 1-5 | 1-5 | 5-10 |
| ADSL | 31-12-2000 | 31-12-2001 | 31-08-2002 |
| Wanadoo | 90-100 % | 90-100 % | 80-90 % |
| Wanadoo/rival más próximo | 10-15 | 20-25 | 5-10 |

Fuente: Decisión de la Comisión en Wanadoo, pp. 211-214.

Adicionalmente, la Comisión toma en consideración su vínculo con France Telecom y las ventajas que ello le puede suponer frente al resto de ISPs. Entre las fuentes de ventajas identificadas destaca la aplicación de condiciones discriminatorias en el ámbito mayorista. En particular, la Comisión señala que desde finales de 1999 France Telecom venía facilitando a Wanadoo la posibilidad de prestar servicio en la totalidad del territorio francés a través de un único punto de conexión con su red. Por el contrario, el resto de ISPs se veían obligados a contar con puntos de conexión en cada una de las cuarenta y una regiones en que se divide la red de France Telecom. Adicionalmente, France Telecom facilitaba a Wanadoo de forma inmediata información relativa a las zonas en que era técnicamente factible prestar servicios ADSL, con lo que Wanadoo podía a su vez confirmar rápidamente la disponibilidad del servicio a cualquier potencial cliente. En cambio, sus rivales tenían que cursar solicitudes

específicas. Esta demora en el proceso de obtención de información dificultaba la captación del potencial cliente.

Finalmente, es importante señalar que el período en el que la Comisión centra sus investigaciones —esto es, el comprendido entre enero de 2001 y octubre de 2002— coincide con un período en el que los servicios de banda ancha en Francia se encuentran todavía en un estado de desarrollo incipiente. Así, a comienzos de 2001 el número de usuarios ascendía a alrededor de 200.000¹⁴. En la actualidad, el número de conexiones de banda ancha en Francia se aproxima a los nueve millones¹⁵.

B. TEST DE COSTES

Las objeciones de la Comisión se centran en la política de precios de Wanadoo en relación con sus servicios Wanadoo ADSL y eXtense a lo largo del período comprendido entre enero de 2001 y octubre de 2002. La Comisión plantea diferentes alternativas a la hora de determinar si el precio de estos servicios se sitúa o no por debajo de costes.

La primera de ellas consiste en comparar ingresos con costes *efectivamente* incurridos por Wanadoo para prestar el servicio. Dentro del capítulo de ingresos la Comisión incluye no sólo los ingresos obtenidos directamente de los individuos suscritos al servicio, sino también los ingresos obtenidos de forma indirecta a través de servicios complementarios como la venta de espacios publicitarios o el comercio electrónico. Los principales costes considerados son los relativos a los servicios mayoristas de red prestados por France Telecom, las inversiones en captación de clientes (tales como publicidad, promociones, comisiones de distribuidores, etc.) y otros costes relacionados con la infraestructura empresarial sobre la que se sustenta la totalidad de servicios prestados por Wanadoo (plataforma técnica, atención al cliente, facturación, etc.). Es preciso señalar que, al tener en cuenta el precio mayorista y no los costes de la actividad mayorista, la Comisión está en realidad realizando un test de estrechamiento. Como se ha visto, los resultados de este test sólo son equiparables a los del test de predación en la medida en que el precio mayorista esté orientado a costes.

La comparación de la Comisión se basa en ingresos y costes mensuales unitarios (esto es, por usuario). Para el cálculo del coste mensual unitario los costes no recurrentes —esto es, aquellos en los que no se incurre todos los meses, sino una sola vez por cada usuario (por ejemplo, la cuota de alta que el ISP paga a France Telecom por cada usuario para el que solicita el servicio mayorista de conexión)— se reparten de forma homogénea a lo largo de la vida media del cliente (que la Comisión supone en cuarenta y ocho meses).

¹⁴ Decisión de la Comisión en Wanadoo, p. 4.

¹⁵ Comisión Europea (2006).

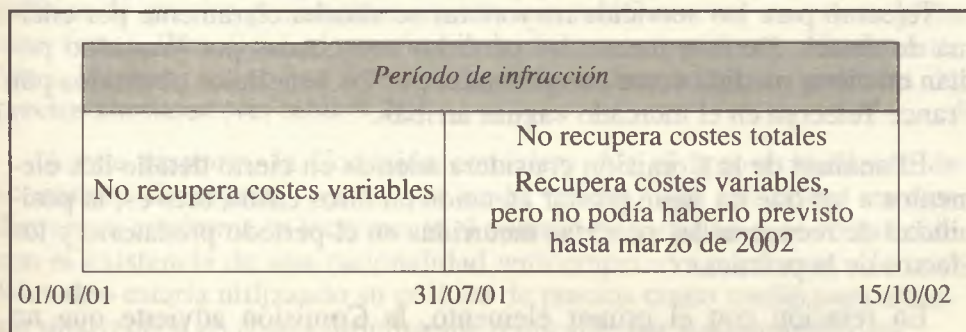
La Comisión considera dos estándares de costes diferentes: los costes (mensuales unitarios) variables y los costes (mensuales unitarios) totales. La principal diferencia entre ambos radica en que el primero sólo tiene en cuenta los costes que varían de forma proporcional con el número de usuarios del servicio, mientras que la segunda incluye además los costes fijos (cuya magnitud es independiente del número de usuarios como, por ejemplo, gran parte de los asociados a los servicios centrales de administración, atención al consumidor o facturación).

De acuerdo con los resultados de esta primera comparación, los ingresos obtenidos por Wanadoo con sus servicios Wanadoo ADSL y eXtense sólo permitían cubrir los costes variables a partir de agosto de 2001. Los ingresos se situaban por debajo de los costes totales a lo largo de todo el período de análisis considerado.

La Comisión realiza un segundo test en el que compara ingresos y costes *previsibles*. En este caso, la información utilizada para el cálculo de los costes no procede de los estados contables de Wanadoo, sino que se basa en las previsiones que razonablemente podía haber realizado Wanadoo en el momento en que fijó sus precios y que, por tanto, excluyen el impacto de eventos imprevisibles sobre sus costes. De acuerdo con los resultados de esta segunda comparación, Wanadoo sólo podía anticipar la recuperación de los costes variables a partir de marzo de 2002. La recuperación de los costes totales sólo se podía anticipar a partir del 15 de octubre de 2002 (ver figura 3.1)¹⁶.

FIGURA 3.1

RESULTADOS DEL TEST DE COSTES



Fuente: Decisión de la Comisión en Wanadoo, pp. 70-109.

Finalmente, la Comisión se plantea la posibilidad de realizar un análisis de *flujos de caja*. Éste es precisamente el tipo de análisis que realizan las empresas para evaluar la rentabilidad de un servicio. En él se conside-

¹⁶ Esta fecha coincide con un recorte de los precios de los servicios mayoristas de red prestados por France Telecom.

rarían los ingresos y costes asociados a un usuario a lo largo de toda su vida como cliente. Es, por tanto, un análisis más dinámico que permite tener en cuenta posibles incrementos en los ingresos motivados por la introducción de más o mejores servicios por parte del ISP o potenciales reducciones en costes asociadas al crecimiento de la base de clientes. La Comisión, sin embargo, cuestiona la relevancia de este test dado que, en primer lugar, considera que la recuperación de los costes en el futuro (por ejemplo, como consecuencia del incremento en los ingresos por usuario) es consistente con lo que cabría esperar si un operador dominante consigue excluir la competencia del mercado a través de una política de precios predatorios y, en segundo lugar, porque no dispone de proyecciones sobre la evolución futura de ingresos y costes.

C. INTENCIONALIDAD

Gran parte del análisis de la Comisión se centra en declaraciones procedentes de documentos internos de Wanadoo en los que se alude de forma más o menos explícita al propósito de excluir la competencia, se manifiestan dudas sobre la racionalidad financiera de la política de precios para los servicios Wanadoo ADSL y eXtense o incluso se advierte de los riesgos legales que puede llegar a entrañar.

La Comisión hace referencia, asimismo, a una posible estrategia del Grupo France Telecom en su conjunto orientada a excluir la competencia del mercado. A este respecto, la Comisión alude, entre otros elementos, a las prácticas discriminatorias referidas en el análisis de dominancia y señala que, de acuerdo con el regulador francés, el precio fijado por France Telecom para los servicios mayoristas se situaba claramente por encima de costes. De esta forma, las pérdidas cosechadas por Wanadoo podían en cierta medida verse compensadas por los beneficios obtenidos por France Telecom en el mercado «aguas arriba».

El análisis de la Comisión considera además en cierto detalle dos elementos a los que no suele prestar atención en otros casos, esto es, la posibilidad de recuperar las pérdidas incurridas en el período predatorio y los efectos de la práctica.

En relación con el primer elemento, la Comisión advierte que no resulta imprescindible para contrastar la existencia de una práctica abusiva. A pesar de ello, señala que la recuperación de las pérdidas es más que probable en vista de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores. Entre otras, la Comisión identifica el coste que supone para el usuario el cambio de suministrador y la necesidad de invertir cuantiosos recursos en el establecimiento de una imagen de marca¹⁷. La Comisión

¹⁷ Entre los costes de cambio de proveedor identificados por la Comisión destacan la existencia de períodos mínimos de permanencia de entre uno y dos años y penalizaciones financieras en

alude finalmente a documentos presentados por Wanadoo en los que se prevé un incremento de los márgenes de los servicios Wanadoo ADSL y eXtense a partir de 2003 que permitiría la recuperación de las pérdidas en un período relativamente reducido de tiempo.

En el análisis de los efectos de la práctica, la Comisión observa en primer lugar que, gracias a su política de precios, Wanadoo consigue acaparar la mayor parte del crecimiento del mercado a lo largo del período objeto de análisis. En particular, en 2001 Wanadoo capta entre el 80 y el 90 por 100 de los nuevos usuarios. Entre enero y agosto de 2002, este porcentaje se sitúa entre el 70 y el 80 por 100. Aun después de este período, Wanadoo sigue captando entre el 40 y el 50 por 100 de los nuevos usuarios¹⁸. La Comisión señala además que uno de los principales competidores de Wanadoo, Mangoosta, trató de imitar su política de precios y se vio forzado en primera instancia a incrementar sus precios y finalmente a abandonar el mercado. Otros competidores como AOL, Liberty Surf o Nerim tuvieron que retrasar o cancelar nuevas iniciativas o planes de expansión en vista de la imposibilidad para competir con los precios de Wanadoo.

D. JUSTIFICACIÓN OBJETIVA

En su respuesta a los cargos presentados por la Comisión, Wanadoo argumenta que su política de precios no tiene por objeto excluir la competencia del mercado. Por el contrario, responde a una clara racionalidad de negocio en un mercado en el que resulta clave alcanzar una masa crítica de usuarios para aprovechar al máximo los ahorros en costes derivados de la existencia de economías de escala. Wanadoo señala, asimismo, que su política de precios promociona un servicio relativamente novedoso y, de esta forma, beneficia a usuarios e incluso competidores. Finalmente, Wanadoo hace notar que otros competidores han adoptado políticas de precios similares (ver tabla 3.2).

A este respecto, la Comisión considera que el aprovechamiento de economías de escala —o, lo que es lo mismo, que los costes medios decrezcan conforme se incrementa el número de usuarios— es consistente con la existencia de una racionalidad anticompétitiva conforme a la cual Wanadoo estaría utilizando su política de precios como medio para alcanzar una ventaja en costes difícilmente replicable por sus competidores.

La Comisión señala, asimismo, que la provisión de servicios de acceso a Internet de banda ancha no puede considerarse un mercado emergen-

caso de incumplimiento, el hecho de que en muchos casos el cambio de suministrador requiere, asimismo, cambiar de módem e incurrir en el coste asociado a su adquisición, y la posibilidad de interrupción de suministro durante varios días durante el proceso de cambio de proveedor. Ver Decisión de la Comisión en Wanadoo, pp. 343-344.

¹⁸ Cifra correspondiente al período comprendido entre agosto de 2002 y marzo de 2003. Ver Decisión de la Comisión en Wanadoo, pp. 370-372, 387.

te y que, en cualquier caso, un operador que ocupa una posición de dominio no tiene necesidad de fijar precios por debajo de costes con el objeto de promocionar un nuevo servicio, sobre todo dado el riesgo de extensión del poder de mercado de que goza France Telecom en los servicios mayoristas de conexión con el usuario.

Finalmente, la Comisión rechaza los argumentos de Wanadoo que sostenían que su política de precios constituía una respuesta a las de sus competidores. En particular, la Comisión considera que Wanadoo es el primer ISP del mercado en fijar un nivel de precios tan reducido y que son, por tanto, los competidores los que responden a la política de precios de Wanadoo. La Comisión señala además que la comparativa de precios realizada por Wanadoo presenta deficiencias. En concreto, algunos precios no incorporan el coste del alta en el servicio o se refieren a promociones que sólo estuvieron disponibles durante un período de tiempo limitado. Por último, la Comisión señala que algunos competidores se vieron obligados a incrementar el precio de sus servicios con posterioridad.

TABLA 3.2

PRECIO DE SERVICIOS DE BANDA ANCHA (512 KBPS) EN FRANCIA

| Operador | Precio (euros) | | Operador | Precio (euros) | |
|---------------|----------------|--------------|-------------|----------------|--------------|
| | junio 2001 | octubre 2002 | | junio 2001 | octubre 2002 |
| 9Online | | 45 | Mangoosta | 59,5 | |
| AOL | | 45 | Merim | 65,2 | 42,5 |
| Club Internet | 44,9 | 45 | Noos | 57,5 | 39,0 |
| Dixinet | | 46 | Oreka | | 39,9 |
| Easynet | | 50 | Tiscali | | 44,9 |
| Free | | 30 | UPC | 44,0 | 44,0 |
| Freesurf | | 45 | Wanadoo | 45,4 | 45,4 |
| Infonie | 45,6 | | Worldonline | 66,5 | 66,5 |
| Liberty Surf | 44,9 | | Media | 52,6 | 44,9 |

Fuente: Decisión de la Comisión en Wanadoo, pp. 211-214.

E. CONCLUSIONES

La Comisión concluye que Wanadoo ha infringido el art. 82 del Tratado y le insta a cesar en la infracción y abstenerse de realizar prácticas similares en el futuro. Con el objeto de garantizar el cumplimiento de esta decisión, la Comisión obliga a Wanadoo a enviarle los estados contables relativos a su negocio ADSL hasta el año 2006. Finalmente, la Comisión

impone a Wanadoo una multa de 10,35 millones de euros (que representa alrededor de un 2,6 por 100 de su cifra de negocio en 2001).

4. COMENTARIO

El análisis de la Comisión en Wanadoo es sin lugar a dudas uno de los más exhaustivos y detallados que se ha realizado hasta la fecha. En él se incorporan elementos de juicio que, desde el punto de vista económico, resultan imprescindibles para valorar este tipo de prácticas y que, sin embargo, se obvian en muchos casos. Se trata del test de recuperación de pérdidas —clave para demostrar que la política de precios del operador dominante puede responder a una racionalidad anticompetitiva y no a cualquier otro motivo— y del análisis de los efectos de la práctica —sin el cual la prueba de la capacidad del operador para excluir la competencia queda limitada al ámbito de las conjeturas y las valoraciones subjetivas—. Estos dos elementos ocupan, por cierto, un lugar secundario en el documento de discusión sobre abusos orientados a excluir la competencia que la Comisión publicó a finales de 2005¹⁹.

A pesar de lo detallado del análisis, resulta evidente la reticencia de la Comisión a aceptar cualquiera de las justificaciones alternativas presentadas por Wanadoo. Esta reticencia muestra una cierta predisposición a imponer límites a la política de los operadores dominantes que también parece estar presente en el documento de discusión de la Comisión, en el que sólo parece admitirse que la fijación de precios por debajo de costes puede responder a una justificación objetiva bajo circunstancias muy específicas²⁰.

Aun cuando las preocupaciones de la autoridad pueden ser legítimas, resulta preciso tener en cuenta que una intervención errónea puede asimismo tener efectos muy negativos, especialmente en el caso de un servicio relativamente novedoso como era el ADSL en Francia en los años 2001 y 2002. Aquí, el operador tradicional (o incumbente) en telefonía fija no parte de una posición de dominio y puede jugar un papel fundamental a la hora de dinamizar el mercado y fomentar la adopción de un servicio que se considera clave en el proceso de difusión de la sociedad de la información en Europa. Éste es precisamente el tipo de consideraciones que llevaron a permitir el lanzamiento de la oferta minorista ADSL del incumbente español en telefonía fija Telefónica de España en el año 2001²¹.

¹⁹ En particular, la Comisión presta una mayor atención a la evidencia directa de intencionalidad procedente de documentos internos de las compañías que al test de recuperación de pérdidas o el análisis de efectos, que son elementos que *pueden* llegar a ser tomados en consideración en aquellos casos en que no es posible encontrar este tipo de evidencia. Ver Comisión Europea (2005), pp. 115-123.

²⁰ Comisión Europea (2005), pp. 130-133.

²¹ Así, por ejemplo, el regulador español para el sector de las telecomunicaciones señala en su informe anual para el año 2001 lo siguiente: «La entrada de TESAU en el mercado minorista ADSL

La capacidad de algunos de los rivales de Wanadoo para igualar (e incluso superar) sus precios sin por ello verse obligados a abandonar el mercado parece indicar que, de existir, los problemas de competencia podrían encontrarse en ámbitos distintos de la provisión minorista de servicios de acceso a Internet de banda ancha. Así, y volviendo a los datos presentados en la tabla 3.2, se observa que en junio de 2001 el precio fijado por UPC era inferior al de Wanadoo (44,0 euros/mes frente a 45,4 euros/mes) y que, sin embargo, en octubre de 2002 (coincidiendo con la fecha en que finaliza el período de infracción) UPC sigue prestando el servicio y ofreciendo mejores precios que Wanadoo. De hecho, y pese a la salida de Mangoosta, el número de ISPs que ofrecen servicios de banda ancha parece haberse incrementado de forma considerable a lo largo del período predatorio.

En este tipo de mercados, la principal preocupación radica en la posibilidad de que el incumbente se aproveche del control de la infraestructura necesaria para prestar el servicio para extender su posición de dominio. La propia Comisión señala la existencia de condiciones discriminatorias en el ámbito mayorista durante el período de la infracción. Es en este ámbito donde radica la clave de la competencia en el sector de las telecomunicaciones y donde la ausencia de una buena regulación puede dar lugar a problemas en un mercado como el francés donde, al menos en el momento en que la Comisión centra su análisis, las infraestructuras rivales de la RTC (cable, bucle local inalámbrico, etc.) estaban poco desarrolladas.

Por último, conviene señalar que el test de costes de la Comisión sigue prestando excesiva atención a los costes medios en claro contraste con lo que indica la teoría económica y la práctica en otras jurisdicciones. Así, el estándar de costes predominante para el análisis de prácticas abusivas en el sector de las telecomunicaciones es el coste incremental de largo plazo (LRIC o *long run incremental cost*), que incluye exclusivamente los costes adicionales en los que incurre el operador para prestar un determinado servicio. Al utilizar este estándar se considera que los costes comunes y compartidos no son incrementales al servicio y, por tanto, que puede ser consistente con un mercado en competencia que no aparezcan reflejados en los precios²². Algunos ejemplos de este tipo de costes son los asociados a servicios centrales como contabilidad, la plataforma de facturación o el servicio de atención al cliente, que son en gran medida compartidos por los distintos servicios que presta el operador. Ésta es pre-

supuso una reactivación no sólo del DSL que languidecía desde sus orígenes (2000), sino en general de la banda ancha, y en particular de las soluciones cable-módem suministradas por los operadores cableros que intensificaron sus promociones para contrarrestar la promoción de la banda ancha ADSL». Ver CMT (2002), p. 268.

²² La recuperación de los costes comunes por el conjunto de servicios prestados por el operador puede evaluarse a través de lo que se denomina un test combinatorio. Ver BAUMOL y SIDAK (1994). Éste es el tipo de test que se realiza en algunas jurisdicciones como la británica. Ver, por ejemplo, OFTEL (2003b).

cisamente la medida de costes que una empresa multiproducto consideraría a la hora de evaluar la rentabilidad de un nuevo servicio. La consideración de cualquier otro estándar de costes puede introducir distorsiones en las decisiones del operador dando lugar a ineficiencias y previniendo el lanzamiento (o incrementando el precio) de determinados servicios en claro perjuicio de la competencia y el consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- ARON, D. J. (2002), «Developments in the Theory of Vertical Foreclosure as Applied to Regulated Telecommunications Markets», mimeo.
- BAUMOL, W., y SIDAK, G. (1994), *Toward Competition in Local Telephony*, The MIT Press.
- BOLTON, P.; BRODLEY, J. F., y RIORDAN, M. H. (2001), «Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy», *Georgetown Law Review*.
- BOUCKAERT, J., y VERBOVEN, F. (2004), «Price Squeezes in a Regulatory Environment», *Journal of Regulatory Economics*.
- CMT (2002), *Informe Anual 2001* (disponible en <http://www.cmt.es/>).
- COMISIÓN EUROPEA (2005), *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses* (disponible en <http://www.europa.eu.int/>).
- (2006), *European Electronic Communications Regulation and Markets 2005 (11th Report)* (disponible en <http://www.europa.eu.int/>).
- CROCIONI, P., y VELJANOVSKI, C. (2003), «Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law: Principles and Guidelines», *Journal of Network Industries*.
- Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, caso COMP/38.233, Wanadoo Interactive (disponible en <http://www.europa.eu.int/>).
- KATE, A. T. y NIELS, G. (2002), «On the Rationality of Predatory Pricing: the Debate between Chicago and post-Chicago», *The Antitrust Bulletin*.
- OFTEL (2003a), *Investigation by the Director General of Telecommunications (the 'Director') into alleged anticompetitive practices by British Telecommunications plc ('BT') in relation to BTopenworld's ('BTOW') consumer broadband products* (disponible en <http://www.oft.gov.uk/>).
- (2003b), *Complaint Submitted under the Competition Act (the Act) by NTL Group Ltd Alleging an Infringement of the Prohibitions Imposed by Section 2(1) of the Act by British Telecommunications Plc (BT). Relating to BT's Broadband Promotion in Conjunction with BSKYB* (disponible en <http://www.oft.gov.uk/>).
- Recurso presentado ante el Tribunal de Primera Instancia el 2 de octubre de 2003 por Wanadoo Interactive, s. A., contra la Comisión de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial*, C289/34, 29 de noviembre de 2003.
- RODRÍGUEZ, J. M., y PRIETO, E. (2005), «Price Squeeze en Telecomunicaciones», *Perspectivas en Telecomunicaciones*.

PROCEDIMIENTOS DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL: EL EJEMPLO DEL ACUERDO ADOPTADO EN EL SENO DEL ASUNTO ASEMPRE/CORREOS

MARTA MARAÑÓN HERMOSO

Abogado

Clifford Chance

1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo de terminación convencional adoptado en el seno del expediente 2458/03, Asempre/Correos (en adelante «Asunto Asempre/Correos»), constituye un avance importante que beneficia a las empresas incurso en procedimientos sancionadores.

Si bien el procedimiento de terminación convencional puede ofrecer grandes ventajas en términos de flexibilidad y celeridad procesal, resulta sorprendente el hecho de que en España sea sólo ésta la segunda vez que las autoridades de defensa de la competencia hayan optado por hacer uso del art. 36 bis de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), esto es, la terminación convencional en el seno de un procedimiento sancionador.

En el ámbito de control de concentraciones este procedimiento es todavía más excepcional, pues el art. 15 ter LDC, por el que se permite a las partes presentar, a instancia del Ministerio de Economía y Hacienda, compromisos que puedan subsanar los problemas de competencia de la operación en cuestión, aún no ha sido aplicado. Debe señalarse, sin embargo, que esto no ha impedido que en algunas ocasiones haya sido posible utilizar otras vías indirectas para poder presentar compromisos a las autoridades de defensa de la competencia¹.

¹ Véase, por ejemplo, el Asunto núm. N-03035, sos Cuetara/Aceica, en el que el Servicio de Defensa de la Competencia, con el fin de contrarrestar los efectos de la operación en el mercado de aceites de semillas envasados en Canarias, admitió el compromiso presentado por sos Cuetara de «no efectuar incrementos sensibles en los precios».

Al margen de estas consideraciones, es cierto que la regulación actualmente vigente en España debería ser objeto de reforma, ya que resulta contradictoria (i) con las necesidades de urgencia y celeridad procesal que, en numerosas ocasiones, las empresas plantean ante las autoridades de defensa de la competencia, así como (ii) con la práctica comunitaria.

Centrándonos en el marco de los procedimientos sancionadores, la terminación convencional es cada vez más frecuente en el ámbito comunitario, especialmente desde la entrada en vigor del art. 9 del Reglamento núm. 1/2003², por el que se permite, a iniciativa de las empresas, presentar compromisos destinados a resolver los problemas de competencia que la Comisión Europea haya podido identificar. Ésta, a su vez, podrá mediante decisión convertir dichos compromisos en obligaciones para las empresas³.

En el presente artículo se valorará, partiendo de las características y estructura del sector postal en España y, más concretamente, del Asunto Asempre/Correos, las ventajas que un procedimiento de terminación convencional puede ofrecer, así como la importancia casuística que los compromisos acordados en el seno de este tipo de procedimientos puede tener para los operadores presentes en el mercado, cuya estrategia comercial podría verse afectada o vinculada por estos compromisos. Por último, se analizarán las posibles razones de la falta de éxito del procedimiento de terminación convencional en España, todo ello a la luz de las reformas propuestas en el Anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia.

Para ello el presente trabajo se estructura en los siguientes apartados: (i) marco regulatorio y antecedentes en el sector postal que preceden al acuerdo de terminación convencional adoptado en el seno del Asunto Asempre/Correos; (ii) descripción del acuerdo de terminación convencional en el Asunto Asempre/Correos; (iii) ventajas que ofrece este tipo de procedimientos y posibles razones de su falta de éxito en España; (iv) conclusiones.

2. ANTECEDENTES

Tras el procedimiento de terminación convencional adoptado en el seno del expediente 2398/02 (DAMA/SGAE), de 27 de noviembre de 2003, primer caso en el que las autoridades de defensa de la competencia aplicaron el art. 36 bis LDC, el segundo (y último de ellos hasta la fecha) ha tenido lugar en el sector postal. Tras un considerable número de resoluciones en las que el Tribunal de Defensa de la Competencia condenaba a

² 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 CE.

³ Véase, por ejemplo, Decisión de la Comisión de 19 de enero de 2005, Asunto COMP/C-2/37.214, Venta conjunta de los derechos mediáticos del campeonato de fútbol alemán Bundesliga (DO, L 134/46), y Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2005, Asunto COMP/A.39116/B-2, Coca-Cola (DO, L 253/21).

Correos por abuso de posición de dominio, con fecha 15 de septiembre de 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia, Correos y Asempre suscribieron un acuerdo de terminación convencional poniendo fin al expediente 2458/03.

Antes de entrar a valorar en detalle el citado acuerdo resulta interesante entender (i) el marco legislativo vigente y el proceso de liberalización en el que actualmente se encuentra incurso el sector postal, así como (ii) algunas de las resoluciones previamente dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia condenando al operador estatal Correos por impedir o dificultar la entrada de pequeños operadores privados en el área de los servicios postales liberalizados.

A. MARCO REGULATORIO VIGENTE EN EL SECTOR POSTAL

La normativa comunitaria postal, y, en consecuencia, la normativa nacional de desarrollo, tiene por objetivo último fijar las pautas del proceso de liberalización del sector, permitiendo la entrada de nuevos operadores privados y la apertura del mercado, al mismo tiempo que se intenta garantizar la prestación de un servicio universal.

El proceso de apertura y liberalización del sector postal tuvo su origen en el año 1992 a raíz de la presentación por la Comisión Europea del Libro Verde sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales⁴. Posteriormente, en 1997 se adoptó la Directiva 97/67, de 15 de diciembre, 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, modificada posteriormente por la Directiva 2002/39/CE⁵.

Esta normativa comunitaria encuentra su desarrollo en España en la Ley de 24 de julio de 1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (en adelante, «Ley Postal»).

Conviene destacar, siquiera sea someramente, que la Ley Postal encomienda de forma exclusiva una serie de servicios a Correos, quien a través de esta reserva mantiene su posición de operador monopolístico en algunas áreas. En el marco del proceso de liberalización estos límites se van reduciendo de forma progresiva, todo ello con el fin de permitir la entrada de nuevos operadores que dinamicen la estructura competitiva del mercado⁶.

⁴ COM (1991) 476 final, adoptado el 11 de junio de 1992.

⁵ Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE, con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad (DO, L 176/21).

⁶ Concretamente, La Ley Postal distingue entre los servicios postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal y los excluidos de éste, que se prestarán en régimen de libre competencia. A su vez, en el ámbito del servicio postal universal, la Ley encomienda al operador estatal de forma reservada la prestación de determinados servicios, al mismo tiempo que se permite la prestación por parte de operadores privados de otros servicios no reservados a Correos.

B. RESOLUCIONES DICTADAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR POSTAL Y QUE ANTECEDEN AL ACUERDO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL ASEMPRE/CORREOS

Existe un elemento importante en el expediente de terminación convencional Asempre/Correos que se reproduce en otros casos investigados por las autoridades de defensa de la competencia en el sector postal, cual es el reiterado apalancamiento de la posición de dominio de Correos en los mercados en los que éste ostenta derechos reservados para, de forma abusiva, incrementar su poder en los mercados de servicios postales liberalizados, todo ello en detrimento de operadores privados que desean crecer en mercados postales abiertos a la competencia y que no disfrutaban del tamaño, poder y cobertura nacional que ofrece Correos.

La situación descrita viene condicionada, en gran medida, por el hecho de que la red postal pública está en manos de Correos, en tanto en cuanto es el operador al que el Estado ha encomendado el servicio postal universal en condiciones de exclusividad.

1) Servicio Postal Universal:

a) Los servicios reservados a Correos (en tanto que operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal), conforme dispone el art. 18.1) de la Ley Postal y que han ido variando conforme al proceso gradual de liberalización postal contenido en la Directiva 2002/39/CE, son los siguientes:

— Envíos interurbanos, certificados o no, de cartas y tarjetas postales que desde 2006 han de ser de peso igual o inferior a 50 gramos.

Este servicio podrá ser prestado, sin embargo, por cualquier otro operador, si el precio del servicio cobrado al usuario es igual o superior a dos veces y media la tarifa oficial.

— Envíos transfronterizos de entrada y salida de cartas y tarjetas postales, en régimen ordinario, con el mismo límite de peso y precio que en el caso de los envíos interurbanos.

— La recepción postal administrativa de las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas conforme al art. 38.4.c) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

— Servicio de giro postal.

b) Los servicios libres o no reservados a Correos son:

— Los envíos de cartas y tarjetas postales nacionales e internacionales cuyo peso a prestación ordinaria de servicios postales nacionales (urbanos e interurbanos) y transfronterizos para envíos postales de cartas y tarjetas postales de 50 gramos a 2 kg. de peso, y de paquetes postales, con o sin valor comercial, de hasta 10 kgs.

— La publicidad directa, los libros, catálogos y publicaciones periódicas serán admitidas si su remisión en régimen de servicio postal universal se hace conforme a lo previsto en el apartado anterior.

2) Los servicios que no se incluyen en el ámbito del Servicio Postal Universal son:

— El servicio postal urgente.

— La prestación de servicios postales nacionales y transfronterizos de cartas y tarjetas postales con peso superior a 2 kgs. y de paquetes postales de peso superior a 10 kgs.

— Los envíos de publicidad directa, libros catálogos y publicaciones periódicas.

3) Finalmente, los servicios que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Postal son:

— La autoprestación.

— Envíos de paquetería de más de 20 kgs. (que se regulan por las normas por las que se rigen los transportes).

En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha señalado que «*la gestión de la red pública y el ejercicio de las facultades otorgadas a Correos como titular de servicios postales reservados facilitan a esta entidad una independencia de comportamiento suficiente para influir en las condiciones de competencia del sector*»⁷.

En efecto, la gestión de la red pública en régimen de monopolio legal permite a Correos explotar todas las economías de escala, alcance y financieras que de ningún modo similar podrían ser replicadas ni explotadas por los competidores privados.

Pues bien, teniendo en cuenta la situación descrita, existen numerosas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia sancionando a Correos por violación de los arts. 6 LDC y 82 del Tratado CE («CE»).

Baste citar, entre otras muchas, la altísima multa de 15 millones de euros impuesta a Correos en el Asunto Asempre/Correos como consecuencia de una conducta abusiva consistente en contratar con grandes clientes de servicios postales, mediante el otorgamiento de importantes descuentos, la exclusiva para la prestación conjunta de servicios postales tanto en el área reservada legalmente a Correos, como en el área liberalizada.

Obviamente, Correos hacía valer su posición de dominio en el mercado reservado para dificultar la entrada o asentamiento de empresas competidoras en el mercado liberalizado conexo, lo cual, según el Tribunal, resulta especialmente grave si tenemos en cuenta que Correos está actuando abusivamente en mercados en los que históricamente ha gozado de un monopolio y donde la competencia es aún incipiente⁸.

También, en el Asunto Prensa/Correos, el Tribunal de Defensa de la Competencia sancionó a Correos con una multa de 900.000 euros al considerar que había infringido el art. 6 LDC al dar un trato discriminatorio a los editores de prensa profesional, aplicándoles precios no equitativos en los servicios contratados en relación con aquellos precios aplicados a los editores miembros de la AEDE en el mercado de servicios postales de envíos de publicaciones periódicas⁹.

De nuevo, en el Asunto Suresa/Correos, el Tribunal de Defensa de la Competencia impuso a Correos una multa de más de 5 millones de euros¹⁰ por incluir en el nuevo contrato de empresa consolidadora impuesta por

⁷ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003, expediente 542/02, Suresa/Correos.

⁸ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de septiembre de 2004, expediente 568/03, Asempre/Correos.

⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2005, expediente 584/04, Prensa/Correos.

¹⁰ Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional, quien confirmó las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque redujo la multa a 2.700.054 euros (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2005; recurso contencioso-administrativo núm. 471/2003).

Correos una cláusula por la que se condicionaba la realización de descuentos a la entrega mínima de un 10 por 100 de los envíos postales con destino local¹¹.

Según quedó constatado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, la exigencia de un mínimo de un 10 por 100 de los envíos liberalizados con destino local para que una empresa pueda recibir un descuento sobre el total de los envíos postales clasificados, franqueados y entregados a Correos, es una práctica que no tenía justificación alguna en términos de volumen de negocio e importe de franqueo generado por Suresa. El Tribunal no dudó en afirmar, sobre la base de la teoría de los mercados conexos, que Correos utilizaba su posición monopolística en el ámbito de los servicios a ella reservados para crecer en los mercados liberalizados, y más concretamente en los mercados de servicios de correo local liberalizado¹².

Por último, es posible citar también, entre otras muchas, la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia condenando a Correos a pagar una multa de 900.000 euros por realizar una conducta abusiva consistente en haber retenido correspondencia con el anagrama de su competidor International First Class Courier, S. L. (IFCC), así como por haber difundido públicamente textos parcialmente falsos y denigrantes de la empresa competidora IFCC.

En este caso, de nuevo el Tribunal tuvo en cuenta como elemento determinante de la posición de dominio de Correos su «*presencia masiva en todo el territorio nacional, y en solitario, de los buzones de red pública que gestiona Correos*». Ya en esta resolución el Tribunal, a efectos de determinar si Correos ostentaba posición de dominio, hizo también un análisis conductista con el fin de valorar la independencia de comportamiento de Correos en el mercado y su capacidad para modificar en beneficio propio determinadas circunstancias del mismo.

En todo caso, la cuestión aquí planteada no es exclusiva de España, sino que se reproduce en otros Estados miembros de la Unión Europea, en tanto en cuanto se trata de países en los que tradicionalmente han existido operadores monopolísticos que aún gozan de determinados derechos exclusivos y de importantes ventajas competitivas frente a otros operadores privados.

El Asunto La Poste es un ejemplo en este sentido¹³.

¹¹ Es preciso señalar que las empresas consolidadoras llevan a cabo tareas de admisión, clasificación, franqueo y entrega de los envíos para su posterior transporte y distribución final por parte de Correos. Estas actividades generan importantes ahorros de coste para Correos, por lo que son remunerados por éste mediante la aplicación de los correspondientes descuentos.

¹² Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003, expediente 542/02, Suresa/Correos.

¹³ Decisión de la Comisión de 23 de octubre de 2001, relativa a la ausencia de control exhaustivo e independiente de las condiciones tarifarias y técnicas aplicadas por La Poste a las empresas de preparación de correo para acceder a sus servicios reservados (DO, L 120, de 7 de mayo de 2002).

Concretamente, en este asunto se planteó si el Estado francés infringía el art. 86 CE, en combinación con el art. 82 CE, en tanto en cuanto la normativa francesa no garantizaba un control suficiente del carácter no discriminatorio de las condiciones aplicadas por La Poste a las empresas de preparación de correo.

Según la denunciante, La Poste concedía descuentos discriminatorios en beneficio de sus clientes directos, así como de las filiales de éste que operan en el sector de preparación de correo; todo ello en perjuicio de otros operadores privados que competían con La Poste en el sector de preparación de correo.

La Comisión Europea reconoce que La Poste detenta un monopolio en el mercado posterior de transporte y distribución de correo que le permite imponer de forma unilateral condiciones no equitativas a sus socios económicos, tales como los preparadores de correo. Esto es, la posición monopolística del operador estatal en un área exclusivamente reservada a éste y de la que dependen financieramente otros operadores de nuevo es utilizada para extender su poder a otros mercados e impedir la entrada de operadores privados, cuya actividad compite con la del operador estatal.

Sin extendernos más en este análisis, también en Alemania existe un claro ejemplo al respecto.

En efecto, mediante decisión de fecha 20 de marzo de 2001¹⁴, la Comisión Europea impuso una multa de 24 millones de euros a Deutsche Post AG por aplicar descuentos de fidelidad a sus clientes de paquetería para el sector de la venta a distancia.

Asimismo, frente a la conducta por la que se denunciaba que Deutsche Post AG ofrecía servicios de paquetería empresarial por debajo de coste, pérdidas que eran posteriormente subvencionadas con fondos procedentes de los servicios postales reservados, la Comisión no impuso ninguna multa, pero obligó al operador alemán a separar estructuralmente el negocio de paquetería empresarial mediante la constitución de una sociedad jurídicamente independiente. Los servicios ofrecidos por esta nueva sociedad deberían ser ofrecidos a precio de mercado.

3. EL ACUERDO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL ADOPTADO EN EL SENO DEL ASUNTO ASEMPRE/CORREOS

Como ha sido indicado, tras un considerable número de resoluciones condenando a Correos por abuso de posición de dominio, en el último caso hasta la fecha decidido, se optó por aplicar el hasta ahora excepcional mecanismo de la terminación convencional.

¹⁴ Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2001 en un procedimiento con arreglo al art. 82 CE (Asunto COMP/35.141, Deutsche Post AG) (DO, L 125/27, de 5 de mayo de 2001).

Resulta interesante entender, de forma previa, los hechos y principales hitos del procedimiento que dieron lugar al acuerdo de terminación convencional que es objeto de análisis en el presente estudio.

El día 21 de enero de 2002 la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (Asempre) presentó ante el Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia contra Correos.

Los hechos denunciados consistían básicamente en la celebración por Correos de contratos con grandes clientes, que, de hecho, tenían el carácter de contratos de exclusiva, ya que el volumen requerido por Correos para la aplicación de los descuentos era equivalente al volumen de envíos de los clientes en cuestión. A su vez, según la denuncia, Correos estaba aplicando en dichos contratos precios predatorios, de modo que el margen que Correos obtenía en la prestación de los servicios «reservados» le permitía ofrecer unos precios que estarían por debajo del coste de los servicios liberalizados.

El Servicio de Defensa de la Competencia, tras la admisión a trámite la denuncia, se dirigió a Correos, mediante providencia de fecha 22 de enero de 2003, requiriendo información sobre los costes de los servicios postales que eran objeto del expediente sancionador y sobre el sistema de contabilidad analítica implantado por Correos de conformidad con la Ley Postal. Correos respondió que la información contable requerida por el Servicio no estaría disponible hasta mayo de 2003, dado que todavía se estaba desarrollando el citado sistema de contabilidad analítica y que, por tanto, los datos que se podían ofrecer no eran fiables.

A la vista de ello, y a fin de continuar en la medida de lo posible con el expediente sancionador, evitando el retraso que podría suponer el esperar a la información solicitada de Correos, el Servicio de Defensa de la Competencia, mediante providencia de 7 de abril de 2003, acordó desglosar del expediente el análisis de la aplicación de precios predatorios basados en las subvenciones cruzadas, de forma que dichos hechos serían objeto de un procedimiento distinto (expediente núm. 2458/03).

El expediente «inicial» (expediente núm. 2353/02, descrito en el apartado anterior) continuó su trámite sin el análisis de la existencia de precios predatorios y, como hemos indicado, dio lugar a una multa de 15 millones de euros contra Correos por la celebración de contratos de exclusiva con grandes clientes.

Por lo que se refiere al expediente desgajado del anterior (expediente núm. 2458/03), y que fue el concluido mediante el procedimiento de terminación convencional que es aquí objeto de análisis, una vez aportada por Correos la documentación contable requerida por el Servicio de Defensa de la Competencia, éste acordó el sobreseimiento del procedimiento el día 21 de enero de 2004, por no entender suficientemente acreditados los hechos denunciados.

Contra dicho acuerdo de sobreseimiento, Asempre interpuso recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 37.4 y 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, solicitando la revocación del mismo.

Por resolución de 22 de julio de 2004, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia acordó estimar el mencionado recurso, dejando sin efecto el meritado acuerdo de sobreseimiento, al entender que era necesaria la continuación de la actividad instructora del Servicio a fin de decidir si existía o no la conducta consistente en la aplicación por Correos de precios predatorios apoyada en subvenciones cruzadas. Esto es, precios predatorios con respecto a los servicios liberalizados, apoyados en el margen obtenido por la citada entidad pública en la prestación de los servicios reservados a la misma por la Ley Postal.

El Servicio de Defensa de la Competencia acordó continuar la instrucción del expediente a fin de completar la investigación en la línea sugerida por el Tribunal en su resolución de julio de 2004.

En virtud de ello, mediante providencia de 3 de diciembre de 2004, el Servicio acuerda iniciar el procedimiento de terminación convencional del expediente 2458/03. Tanto Asempre como Correos manifestaron su conformidad con el inicio del mismo y, finalmente, tras presentar Correos en mayo de 2005 una propuesta de acuerdo ante el Servicio, ésta fue aceptada por Asempre el 1 de julio de 2005.

Entrando de lleno en el contenido del acuerdo de terminación convencional del expediente, éste responde a los siguientes principios:

1. Correos se compromete a que los precios de sus servicios a las entidades cuyos contratos fueron examinados en el expediente y a grandes clientes (entendidos como tales aquellos que contratan servicios postales por importe superior a cien mil euros anuales), una vez aplicados los descuentos correspondientes, cubran los costes reales de prestación (evitando, por tanto, que los mismos sean predatorios).
2. Para ello, Correos se compromete a adaptar todos sus contratos, con las entidades que fueron objeto de análisis en el expediente y con cualesquiera otros grandes clientes, durante un período transitorio.
3. Para garantizar el cumplimiento de estos compromisos por parte de Correos, esta entidad se somete a un procedimiento de vigilancia por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, en el seno del cual Correos debe remitir determinada información a aquél, que tendrá el carácter de información confidencial, de forma que la misma sólo será accesible al Servicio y tendrá como uso exclusivo la supervisión del cumplimiento de los compromisos asumidos por Correos.

4. Finalmente, el Servicio de Defensa de la Competencia no establece límite alguno en cuanto a la duración de los compromisos, estableciéndose que éstos estarán en vigor *«mientras no se produzcan cambios relevantes en el mercado o en la normativa que pudieran afectarlos»*. Correspondiendo, por tanto, al Servicio la valoración y determinación de los casos en los que pudiera concurrir un cambio relevante.

4. VENTAJAS DE LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL Y RAZONES QUE EXPLICAN LA ESCASA APLICACIÓN PRÁCTICA DE ESTE PROCEDIMIENTO EN ESPAÑA

El procedimiento de terminación convencional es una vía digna de ser aplaudida, especialmente en materia de defensa de la competencia, pues, pese a su escasa aplicación práctica, permite a las empresas incursas en un expediente sancionador no sólo acortar los trámites administrativos, sino resolver los posibles problemas de competencia planteados a través de compromisos para, por ejemplo, contrarrestar una posible conducta abusiva por parte de un operador dominante. Estos compromisos pueden, a su vez, servir de guía a otras empresas que pudieran estar sufriendo prácticas abusivas similares.

Además, debe de tenerse en cuenta que el objetivo último de las autoridades de defensa de la competencia en este tipo de procedimientos no es emitir una decisión final declarando la existencia o no de una conducta infractora contraria a la LDC, lo cual supone una ventaja para el supuesto operador infractor, sino valorar la adecuación de los compromisos propuestos frente a los problemas de competencia identificados.

En definitiva, el procedimiento de terminación convencional permite, en términos generales, introducir no sólo una mayor celeridad en el procedimiento, evitando los largos trámites del procedimiento sancionador, sino también una mayor flexibilidad, en tanto en cuanto los interesados pueden proponer compromisos, así como formular alegaciones frente a los compromisos propuestos, con el objeto de dar fin al procedimiento por la vía convencional.

Pese a las aparentes ventajas indicadas, se plantea la siguiente inevitable pregunta: ¿qué factores han condicionado la escasa aplicación del procedimiento objeto de estudio? O dicho de otro modo, ¿existe alguna razón que retraiga a las empresas y autoridades españolas para proceder a la aplicación del mismo?

Antes de entrar a contestar a esta pregunta, interesa detenernos en la redacción actualmente prevista en la LDC. Concretamente, el art. 36 bis LDC prevé la facultad del Servicio de Defensa de la Competencia para

«acordar la terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los arts. 1, 6 y 7 de la Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley y esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas».

Además, se añade que:

«La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico y resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acordarse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos».

Los comentarios que a continuación se realizan se basan en los cuatro criterios que, a nuestro entender, deberían ser tenidos en cuenta a efectos de garantizar la eficacia de los procedimientos de terminación convencional y que, en algunos casos, no aparecen en la redacción de la disposición descrita.

A. FLEXIBILIDAD

De la lectura de la disposición descrita, el primer elemento que llama la atención es el hecho de que la terminación convencional no pueda acordarse tras la notificación del pliego de concreción de hechos por parte del Servicio de Defensa de la Competencia e incluso en cualquier momento a lo largo del procedimiento, esto es, hasta que se adopte la resolución final.

No hay duda de que esta exigencia introduce una gran inflexibilidad en el sistema, en tanto en cuanto la limitación temporal prevista impide a las empresas conocer con exactitud los cargos que el Servicio imputa a la empresa o empresas infractoras. Resulta, por tanto, difícil para las empresas interesadas llegar a un acuerdo sobre determinados compromisos si se desconocen con exactitud los cargos imputados y, en consecuencia, la viabilidad y adecuación de las soluciones que, en su caso, pudieran plantearse.

Si contrastamos el sistema actualmente vigente en España con la práctica comunitaria, resulta evidente que esta última ofrece mayor flexibilidad al conceder a las empresas interesadas no sólo un mayor protagonismo, sino la posibilidad de adoptar compromisos en cualquier momento del procedimiento.

En efecto, en el ámbito comunitario, la terminación convencional es posible en cualquier momento del procedimiento, esto es, en cualquier fase del procedimiento antes de que la Comisión Europea adopte una

decisión final. Sin embargo, esto no implica tener que esperar necesariamente a que la Comisión emita el pliego de cargos para poder optar por la vía convencional.

En este sentido, el art. 2.1 del Reglamento (CE) núm. 773/2004 de la Comisión, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 CE, prevé lo siguiente:

«La Comisión podrá decidir en cualquier momento la incoación de un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión con arreglo al Capítulo III del Reglamento (ce) núm. 1/2003, pero deberá hacerlo a más tardar en la fecha en que exponga un análisis preliminar en el sentido del apartado 1 del art. 9 o envíe un pliego de cargos, o en la fecha en que se publique una comunicación de conformidad con el apartado 4 del art. 27 de dicho Reglamento, si esta última es anterior».

En definitiva, la normativa comunitaria prevé la posibilidad de que la Comisión Europea emita un análisis preliminar sobre los problemas de restricción de la competencia identificados en un caso concreto, a efectos de facilitar la propuesta de compromisos por parte de las empresas interesadas.

La introducción de una previsión similar en España sería muy interesante para las empresas, que, habiendo tenido previamente acceso a una valoración preliminar por parte de las autoridades, verían abierta la posibilidad de poner fin al expediente en un estadio temprano. Esto no es precisamente lo ocurrido en el Asunto Asempre/Correos, donde, si bien el Servicio de Defensa de la Competencia dictó providencia acordando iniciar el procedimiento de terminación convencional antes de que se emitiera el pliego de concreción de hechos (pues, efectivamente, así lo prevé la normativa vigente), las partes no tuvieron acceso a ningún informe, ni escrito preliminar del Servicio de Defensa de la Competencia, que identificara las restricciones de la competencia planteadas y facilitara, de este modo, la propuesta de compromisos.

B. CELERIDAD

En segundo lugar, con el objeto de garantizar un cierto grado de celeridad, la Comisión Europea no hace una investigación profunda del caso, sino que se limita a valorar la adecuación de los compromisos con los problemas de competencia identificados previamente. Esto no excluye, obviamente, la posibilidad de que terceros interesados puedan acudir a la vía jurisdiccional, reclamando los daños y perjuicios correspondientes, en su caso.

Efectivamente, el acuerdo de terminación convencional adoptado en el seno del Asunto Asempre/Correos no reconoce la existencia de una

infracción por parte de Correos, ni se detiene en la realización de un análisis profundo de las conductas objeto de infracción, lo que evidentemente facilitó la adopción de compromisos. El acuerdo simplemente se limita a identificar (i) los compromisos adoptados y periodo de adaptación; (ii) la duración y procedimiento de revisión de éstos, así como (iii) los mecanismos de vigilancia necesarios para garantizar su cumplimiento por parte de Correos.

Asimismo, tampoco se descarta en España la posibilidad de que terceros interesados acudan a la vía jurisdiccional, al margen de que en vía administrativa se haya optado por finalizar el expediente mediante la terminación convencional. En este sentido, debe señalarse que la reforma recogida en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia por la que se propone la competencia de los jueces de lo mercantil para aplicar directamente no sólo los arts. 81 y 82 CE, sino también los arts. 1 y 6 LDC, favorecerá, sin duda, la aplicación privada de la normativa de competencia.

C. PUBLICIDAD Y DERECHOS DE DEFENSA

En tercer lugar, tanto la publicidad como la posibilidad de que terceros interesados formulen alegaciones durante el procedimiento constituyen elementos importantes a efectos de hacer valer los derechos de defensa de los interesados.

En este sentido, el art. 27.4 del Reglamento núm. 1/2003 establece lo siguiente:

«Cuando la Comisión se proponga adoptar una decisión en virtud de los arts. 9 ó 10, publicará un breve resumen del asunto y el contenido fundamental de los compromisos o de la línea de acción propuesta. Los terceros interesados podrán presentar observaciones en un plazo que fijará la Comisión en su publicación y que no podrá ser inferior a un mes. La publicación respetará el interés legítimo de las empresas para proteger sus secretos comerciales».

A la luz de esta disposición, sería interesante poder introducir también en el procedimiento de terminación convencional un sistema de «market test» como el existente en el ámbito comunitario, con el fin de facilitar que terceros interesados puedan presentar alegaciones y opinar sobre los compromisos propuestos.

En el Asunto Asempre/Correos fue únicamente Asempre quien formuló alegaciones frente a la propuesta de acuerdo presentada por Correos. De la información publicada no parece que otros operadores participaran en la valoración de los compromisos planteados.

Las alegaciones que en su caso puedan formular los clientes, competidores, proveedores, etc., serían de gran utilidad para las autoridades a la hora de valorar la adecuación de los compromisos. Obviamente esto no significa que los terceros deban tener un derecho de veto sobre los compromisos adoptados. De lo contrario, el principio de celeridad quedaría mermado.

D. MECANISMOS DE VIGILANCIA QUE GARANTICEN EL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS

En el procedimiento de terminación convencional adoptado en el seno del Asunto Asempr/Correos se introdujeron dos medidas importantes.

Por un lado, un procedimiento de vigilancia y supervisión por parte del Servicio de Defensa de la Competencia destinado a verificar si efectivamente Correos cumplía con su obligación de no aplicar precios predatorios.

Por otro lado, se establecía que en caso de incumplimiento de los compromisos adoptados, Correos podría ser sancionado con la correspondiente multa coercitiva, de conformidad con lo establecido en el art. 11.c) LDC. Esta disposición establece que, en los supuestos de incumplimiento de los compromisos adoptados en el marco de un procedimiento de terminación convencional, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer multas de entre 60 a 3.005 euros al día.

En todo caso, el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia prevé incrementar el montante de las multas coercitivas hasta un máximo de 12.000 euros al día, lo que puede garantizar un mayor cumplimiento de los compromisos.

El legislador comunitario es aún más agresivo en este sentido, al establecer en el art. 23.2.c) del Reglamento (CE) núm. 1/2003 multas de hasta el 10 por 100 del volumen de negocios para aquellas empresas que *«no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al art. 9 del presente Reglamento»*. Esta disposición tiene una fuerza disuasoria importante, especialmente si pensamos en el caso de operadores que incurren de forma manifiesta y reiterada en una conducta infractora, sin ningún ánimo de arrepentimiento ni corrección de la misma.

Finalmente, al margen de las consideraciones formuladas, no podemos olvidar que este tipo de acuerdos puede ofrecer, desde una perspectiva puramente casuística, orientación para otros operadores presentes en el mercado.

Por ejemplo, si atendemos al acuerdo alcanzado en el Asunto Asempr/Correos, las autoridades de defensa de la competencia, en línea con la Comunicación de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de

competencia al sector postal¹⁵, confirman que en materia de precios los operadores postales que tengan atribuidos derechos exclusivos o especiales, esto es, Correos, están obligados a cubrir los costes reales de la prestación del servicio. Es decir, el precio de los servicios abiertos a la competencia ofrecidos por Correos deberá cubrir los costes totales medios del servicio, lo que significa cubrir el coste variable incremental del servicio más una proporción adecuada de los costes fijos del operador estatal¹⁶.

5. CONCLUSIONES

Pese a que el acuerdo de terminación convencional suscrito entre el Servicio de Defensa de la Competencia, Asempre y Correos tuvo su origen en otro expediente distinto del que posteriormente fue desglosado y cuyos plazos se fueron alargando por otras cuestiones accesorias, lo cierto es que desde que el Servicio de Defensa de la Competencia dictó providencia acordando iniciar el procedimiento de terminación convencional hasta que el acuerdo fue suscrito tan sólo transcurrieron nueve meses.

Sin necesidad de establecer un límite temporal en este tipo de procedimientos, no hay duda de que tanto las empresas denunciadas, como las denunciadas pueden voluntariamente tener un interés mutuo en limitar los plazos de los procedimientos y llegar a un acuerdo que:

- (i) Por un lado, garantice a la empresa denunciante el cese de las prácticas objeto de denuncia, y
- (ii) por otro lado, bajo la condición del cumplimiento de determinados compromisos, evite que la empresa denunciada tenga que enfrentarse a una declaración expresa de infracción, así como a una multa sancionadora por parte de las autoridades de defensa de la competencia.

Todo ello sin perjuicio de que los interesados puedan también acudir a la vía civil y exigir una declaración expresa de infracción, así como compensación por los daños y perjuicios causados, en su caso.

¹⁵ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales (DO, C 39/2, de 6 de febrero de 1998).

¹⁶ Téngase en cuenta que en el Asunto COMP/35.141, Deutsche Post AG, la Comisión Europea optó por un criterio distinto al analizar si Deutsche Post AG estaba aplicando precios predatorios mediante subvenciones cruzadas.

Según la Comisión: «cabe hablar de subvención cruzada cuando, por un lado, los ingresos de un servicio no son suficientes para cubrir los costes adicionales específicos (incremental costs) imputables a dicho servicio y, por otro, existe un servicio o todo un ámbito empresarial cuyos ingresos superan los costes fijos comunes (stand alone)». La Comisión distingue, por tanto, entre los costes adicionales vinculados a la prestación de un servicio concreto y los costes fijos comunes no imputables a dicho servicio. Según la Comisión, la sobrecobertura de los costes fijos comunes indica la fuente de subvención cruzada y la infracobertura de los costes adicionales específicos vinculados a la prestación de un servicio no reservado, el destino de dicha subvención.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito comunitario, el procedimiento actualmente previsto en el art. 36 bis LDC no ha sido utilizado con la frecuencia que sería deseada.

Las razones que explican esta situación, en parte, son las siguientes:

- (i) Imposibilidad de plantear la terminación convencional en cualquier momento del procedimiento.
- (ii) Necesidad de que el acuerdo sea adoptado por todos los interesados, pudiendo cualquiera de ellos ejercer un derecho de veto y hacer fracasar el acuerdo en cualquier momento. Esta dificultad parece estar superada, pues el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia ya prevé la posibilidad de poner fin a un expediente por esta vía, sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de los interesados.
- (iii) Dudas en cuanto a la eficacia de los compromisos adoptados, así como dificultades prácticas que pueden surgir para garantizar el cumplimiento de éstos, especialmente en el caso de empresas cuyo historial evidencia un manifiesto y reiterado incumplimiento del derecho de la competencia.
- (iv) La escasa utilización práctica del procedimiento en cuestión y, por tanto, el desconocimiento de sus ventajas por parte de las empresas.

Si bien no hay duda de que el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia propone avances muy importantes, las siguientes propuestas adicionales podrían ser de utilidad para superar algunas de las dificultades aquí planteadas.

En primer lugar, y en aras a introducir una mayor flexibilidad, sería deseable poder suscribir un acuerdo de terminación convencional en cualquier momento del procedimiento, esto es, incluso con posterioridad al informe propuesta e inmediatamente antes de que se adopte la resolución final.

Sin perjuicio de ello, y a efectos de facilitar la propuesta de compromisos en un estadio temprano, se propone la posibilidad de que las autoridades de defensa de la competencia dicten, con anterioridad a la adopción del pliego de concreción de hechos, un informe preliminar que resuma brevemente las principales objeciones identificadas.

En segundo lugar, la eficacia y adecuación de los compromisos propuestos puede ser en muchos casos cuestionada por clientes, competidores, etc., que conocen bien el mercado y cuya opinión puede ser de gran utilidad para las autoridades. Se propone, en este sentido, la publicación de, por ejemplo, una nota sucinta que resuma brevemente el caso, los problemas de competencia identificados y los compromisos que se proponen adoptar, permitiendo, de este modo, que terceros interesados puedan formular alegaciones.

Finalmente, en caso de incumplimiento manifiesto de los compromisos adoptados en el seno de un procedimiento de terminación convencional, con independencia de que puedan imponerse multas coercitivas e incluso incoar un nuevo expediente, debería impedirse que el operador en cuestión pudiera acceder a este tipo de procedimientos en ocasiones subsiguientes.

TERCERA PARTE
RESOLUCIONES
Y SENTENCIAS DICTADAS

SERVICIO DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN,
 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA
 Y CONSEJO DE MINISTROS

TERCERA PARTE

B. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA CONSTITUCIÓN

A. ENTAMADA: **RESOLUCIONES
 Y SENTENCIAS DICTADAS**

El presente informe refleja el número de resoluciones y sentencias dictadas por el Servicio de Defensa de la Constitución en el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2007 y que han dado lugar a un procedimiento de defensa de la Constitución.

El presente informe se elabora con base en los datos que se encuentran en el Sistema de Información de Defensa de la Constitución del Ministerio de Economía y Hacienda y en el Sistema de Información de Defensa de la Constitución del Consejo de Ministros. Los datos se han actualizado hasta el 31 de diciembre de 2007 y se han excluido los procedimientos de defensa de la Constitución que se encuentran en trámite y que no han dado lugar a una resolución o sentencia.

A continuación se muestra un resumen de los datos que se han recopilado en el presente informe, así como un desglose de los datos por materia. Los datos se han actualizado hasta el 31 de diciembre de 2007 y se han excluido los procedimientos de defensa de la Constitución que se encuentran en trámite y que no han dado lugar a una resolución o sentencia.

Cuadro 1. Resumen de estadísticas de procedimientos de defensa de la Constitución

| Año | Resoluciones | Sentencias | Procedimientos | Procedimientos en trámite |
|------|--------------|------------|----------------|---------------------------|
| 2007 | 52 | 44 | 106 | 20 |
| 2006 | 30 | 30 | 60 | 10 |
| 2005 | 74 | 74 | 148 | 10 |
| 2004 | 104 | 85 | 189 | 10 |
| 2003 | 112 | 90 | 202 | 10 |
| 2002 | 111 | 89 | 200 | 10 |

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 2005 cae un poco el número de entradas, después del repunte del año 2004, tras seis años consecutivos de descenso en el número de entradas de nuevos asuntos en el SDC. Estas cifras están todavía muy lejos de los 268 asuntos de 1997 y que marcaron el punto culminante.

El aspecto más característico del ejercicio 2005 es el esfuerzo por incrementar por segundo año consecutivo el número de expedientes iniciados de oficio. La importancia relativa de estos expedientes ha aumentado de 3 puntos, alcanzando su máximo histórico. Las autorizaciones se han incrementado un poco, aunque siguen en sus niveles más bajos.

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)

| Año | Saldo inicial | Denuncia | De oficio | Autorizaciones | Entradas de expedientes |
|------|---------------|----------|-----------|----------------|-------------------------|
| 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 |
| 2005 | 75 | 64 | 10 | 12 | 86 |

En el cuadro que sigue se puede apreciar, respecto a los últimos once 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 |
| 2005 | 74,42 | 11,63 | 13,95 |

B. SALIDA DE EXPEDIENTES

Con 67 expedientes, el número de expedientes que ha concluido el SDC en el año 2005 ha aumentado un poco, aunque sigue siendo más bien

bajo si se compara con las estadísticas de los años anteriores al 2002. Debe recordarse que el año 2004, con 60 expedientes finalizados, 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 2005, 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, 4 expedientes. Estos cuatro 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 de expedientes finalizados.

Cuadro 1c: Salidas de expedientes (valores absolutos)

| <i>Año</i> | <i>AR.</i> | <i>AC.</i> | <i>SOB.</i> | <i>CONV.</i> | <i>TDC</i> | <i>Total</i> |
|------------|------------|------------|-------------|--------------|------------|--------------|
| 1989 | 6 | 6 | 17 | — | 19 | 48 |
| 1990 | 26 | 6 | 5 | — | 52 | 89 |
| 1991 | 17 | 12 | 8 | — | 27 | 64 |
| 1992 | 39 | 20 | 21 | — | 31 | 111 |
| 1993 | 58 | 15 | 30 | — | 39 | 142 |
| 1994 | 59 | 2 | 19 | — | 68 | 148 |
| 1995 | 55 | 5 | 16 | — | 63 | 139 |
| 1996 | 79 | 13 | 24 | — | 66 | 182 |
| 1997 | 95 | 15 | 19 | — | 67 | 196 |
| 1998 | 119 | 10 | 30 | — | 53 | 212 |
| 1999 | 111 | 9 | 26 | — | 60 | 206 |
| 2000 | 82 | 6 | 27 | 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 |
| 2005 | 46 | 4 | 16 | 1 | 26 | 93 |

A continuación, igual como se ha hecho con la entrada de expedientes, se presenta un cuadro donde se puede apreciar en los últimos once años la labor del SDC desde una perspectiva porcentual. Como puede observarse, en el año 2005 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. A pesar de ello, hay que observar que en el año 2005, el número de expedientes remitidos al TDC se incrementa algo respecto al año precedente, aunque su importancia relativa todavía se sitúa en la franja baja de los últimos once años. Así, es previsible que el número de resoluciones del TDC en los próximos años siga siendo más bien bajo.

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 |
| 2005 | 49,5 | 4,3 | 17,2 | 1,07 | 27,96 |

C. MECANISMOS DE DESIGNACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE PARA NUEVOS EXPEDIENTES ENTRE EL SDC Y LOS ÓRGANOS DE INSTRUCCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En el año 2005 ya estaban en funcionamiento los órganos de instrucción de cuatro Comunidades Autónomas: Cataluña, Galicia, Madrid y la Comunidad Valenciana (en este mismo año se han creado los órganos de otras dos Comunidades Autónomas, la del País Vasco y la de Extremadura). Durante este año se ha activado en diversas ocasiones el mecanismo

de designación de casos entre el SDC y una Comunidad Autónoma: en 10 ocasiones con Cataluña, en 3 con Madrid, en 2 con la Comunidad Valenciana y en 1 con Galicia. En todas estas ocasiones, menos en una, ha sido designada como competente la autoridad autonómica: únicamente en una ocasión se ha generado un conflicto que ha requerido la intervención de la Junta Consultiva.

En efecto, en una sola ocasión ha sido necesaria la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos, que ha iniciado así su actividad en este ejercicio 2005. El informe de la Junta fue solicitado por la Comunidad Autónoma de Madrid y en el mismo se indica que la competencia del caso (denuncia relativa al sector del transporte aéreo) correspondía al SDC.

2. CONCENTRACIONES

Tras la recuperación, en el año 2004 (94 notificaciones), del número de operaciones de concentración de empresas notificadas al SDC, en el año 2005 se ha superado el máximo histórico hasta ahora vigente de 100 operaciones de concentración notificadas en el año 2002. En el año 2005 se notificaron al SDC 115 operaciones de concentración.

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)

| <i>Año</i> | <i>E.NOT.</i> | <i>E.I.OFI.</i> | <i>E.TDC</i> | <i>E.P.I.OFI</i> |
|------------|---------------|-----------------|--------------|------------------|
| 1990 | 8 | 0 | 3 | 0 |
| 1991 | 11 | 0 | 0 | 0 |
| 1992 | 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 |

| Año | E.NOT. | E.I.OFI. | E.TDC | E.P.I.OFI |
|------|--------|----------|-------|-----------|
| 2000 | 93 | — | 11 | — |
| 2001 | 76 | — | 7 | — |
| 2002 | 100 | — | 9 | — |
| 2003 | 79 | — | 5 | — |
| 2004 | 94 | — | 5 | — |
| 2005 | 115 | — | 6 | — |

Se indican junto al número de notificaciones (NOT.) los datos cuantitativos sobre las decisiones en la primera fase del procedimiento (M.): autorizaciones tácitas (AT.), remisiones al TDC (RTDC) u otras competencia del Ministro (M.); y, en su caso, en la segunda fase del procedimiento, esto es, cuando concurre una resolución del Consejo de Ministros (CM.): indicando si hay o no oposición (OP./NOOP.) o si hay condiciones para la operación (C.). Véase, asimismo, el apartado correspondiente al Tribunal de Defensa de la Competencia para lo referente a los dictámenes emitidos por el mismo en expedientes de concentración.

Cuadro 2b: Expedientes de concentración

| Año | NOT. | M. | | | CM. | | |
|---------------------|------|-----|--|-------|------------------|-------|----|
| | | AT. | Otras | RTDC. | op. | NOOP. | C. |
| 1999 (desde 1 mayo) | 51 | 35 | 1 | 15 | 1 | 6 | 5 |
| 2000 | 93 | 81 | 1: Las partes desisten de la operación | 12 | 2 | 4 | 4 |
| 2001 | 76 | 68 | 2: Las partes desisten de la operación | 6 | 1 | 3 | 2 |
| 2002 | 100 | 83 | 8 ⁽¹⁾ | 9 | 0 | 6 | 3 |
| 2003 | 79 | 72 | 2 ⁽²⁾ | 5 | 0 ⁽³⁾ | 2 | 1 |
| 2004 | 94 | 86 | 3 ⁽⁴⁾ | 5 | 0 | 1 | 4 |
| 2005 | 115 | 103 | 6 | 6 | 1 | 2 | 3 |

⁽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.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA *

1. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 2005 se reduce sensiblemente el número absoluto de resoluciones dictadas por el TDC, volviendo al nivel del año 2001.

El cuadro adjunto permite observar la distribución de estas resoluciones en las distintas potestades que ejerce el TDC. Para ello indicamos el tipo de expediente en cuestión: (E.S.) expediente sancionador; (M.C.), medidas cautelares; (A.S.), autorización singular; (R.A.A.), recurso contra el archivo de actuaciones; (R.S.E.), 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 |
| 2005 | 17 | 1 | 26 | 20 | 9 | 0 | 20 | 93 |

⁽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 2005* 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 entrega a imprenta del *Anuario* todavía no se habían publicado todas las resoluciones adoptadas en el año 2005 en el *Boletín Oficial del Ministerio de Economía*.

La importancia relativa de los principales tipos de resoluciones es la siguiente:

| | <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 |
| 2005 | 20,29 | 1,45 | 36,23 | 28,99 | 13,04 |

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> | Otros |
|------|------------|------------|------------|-------------|-------------|-------------|-------|
| 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 |
| 2005 | 16,09 | 1,15 | 28,73 | 22,99 | 10,34 | 0,00 | 20,69 |

A continuación se presentan todas las resoluciones publicadas 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 ver-

sa. Respecto a esta última, distinguimos entre expediente sancionador (E.S.), expediente de medidas cautelares (M.C.), expediente de autorización singular (A.S.), recurso contra el archivo de actuaciones (R.A.A.), recurso contra el sobreseimiento de expedientes (R.S.E.) y otras resoluciones no enmarcables en las anteriores categorías (OTROS).

| <i>Fecha</i> | <i>Núm.</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|--------------------|---------------|---|----------------|
| 17-01-05 | | A 104/94 | Morosos Fabricantes de Muebles | A.S. |
| 18-01-05 | 2241/01 | R 606/04 | Telecomunicaciones Castilla-León 2 | R.S.E. |
| 20-01-05 | 1098/94 1110/94 | 374/96 | Aparejadores Valencia y Alicante (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 20-01-05 | 1926/98 | 492/0 | Hormigón Gerona (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 20-01-05 | 1264/95 | 482/00 | Gas Natural Castilla y León (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 21-01-05 | 2508/04 | r 636/04 | Race Car/Hyundai-Cofiber | R.A.A. |
| 21-01-05 | 2497/03 | r 628/04 | Ariauto/Toyota | R.A.A. |
| 21-01-05 | | r 637/04 v | INFOTEL | OTROS |
| 25-01-05 | | C 85/04 | Expediente sancionador con causa en la C 85/04 INTER/EURO STEWART | E.S. |
| 31-01-05 | 2525/04 | r 635/04 | Aeropuertos | R.A.A. |
| 02-02-05 | 2243/01 | R 592/03 | Centros Deportivos Castellón | R.S.E. |
| 08-02-05 | 2452/03 | A 335/03 | RAI/CCI | A.S. |
| 16-02-05 | 2439/02 | 576/04 | Multiprensa | E.S. |
| 16-02-05 | 2337/01 | 582/04 | Autoescuelas Extremadura | E.S. |
| 21-02-05 | 1176/94 | A 112/95 | Morosos Cartón Ondulado | A.S. |
| 28-02-05 | 1166/94 | A 109/94 | Transitarios Internacionales (Prórroga) | A.S. |
| 01-03-05 | 2520/04 | r 645/05 | Estaciones de Servicio de Cataluña | R.A.A. |
| 04-03-05 | 2447/03 | r 639/04 v | Grandes Distribuidores de Cine 3 | OTROS |
| 04-03-05 | 2447/03 | r 638/04 v | Grandes Distribuidores de Cine 2 | OTROS |
| 04-03-05 | 2471/03 | 574/04 | Panaderías Aranda de Duero | E.S. |
| 07-03-05 | 2456/03 | 575/04 | Fabricantes de Cartón-2 | E.S. |
| 09-03-05 | 2447/03 | r 640/04 v | Grandes Distribuidores de Cine 4 | OTROS |
| 17-03-05 | 2549/04 | A 349/04 | Morosos Unesa | A.S. |
| 17-03-05 | 2262/01 | A 296/01 | Anuario Videográfico (Prórroga) | A.S. |
| 17-03-05 | 2220/03 | R 554/03 | Centros Deportivos Almazora 2 | R.S.E. |
| 30-03-05 | 2349/01 | R 554/03 | Contratos BP Oil España | A.S. |

| <i>Fecha</i> | <i>Núm.</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|-------------|---------------|--|----------------|
| 04-04-05 | 1968/99 | A 261/99 | Contrato-tipo Frigoríficos (Prórroga) | A.S. |
| 06-04-05 | 2292/01 | 577/0 | Cervezas Canarias | E.S. |
| 11-04-05 | 2209/00 | A 287/00 | Sistema Euro 6000 | A.S. |
| 11-04-05 | 2380/02 | A 318/02 | Tasas Intercambio SERVIRED | A.S. |
| 11-04-05 | 2348/01 | A 314/02 | Tasas Intercambio SISTEMA 4B | A.S. |
| 12-04-05 | 1264/95 | 482/00 | Gas Natural Castilla y León (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 12-04-05 | 1833/98 | 503/00 | Feriantes Huesca (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 12-04-05 | 1955/99 | 515/01 | Bancos (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 12-04-05 | 1236/95 | 370/96 | Desmotadoras de Algodón (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 21-04-05 | 2503/04 | r 643/05 | Laboratorios Farmacéuticos | R.A.A. |
| 22-04-05 | 2522/04 | A 350/04 | ECOVIDRIO | A.S. |
| 25-04-05 | 2411/02 | 583/04 | Aceites | E.S. |
| 25-04-05 | 1140/93 | A 101/94 | Morosos Corsetería (Renovación) | A.S. |
| 04-05-05 | 2211/00 | R 608/04 | Embarcaciones Lanzarote | R.S.E. |
| 05-05-05 | 2470/03 | r 578/03 | AMI/Universal | R.A.A. |
| 13-05-05 | 1174/94 | A 111/95 | Morosos Marmolistas Valencia (Renovación de autorización) | A.S. |
| 18-05-05 | | r 647/05 | Instrumentos Musicales | R.A.A. |
| 19-05-05 | 2496/03 | R 644/05 | Estaciones de servicio | R.S.E. |
| 23-05-05 | 1217/95 | A 130/95 | Morosos Pavimentos Madera (Renovación de autorización) | A.S. |
| 23-05-05 | 2400/02 | R 626/04 | Farmacéuticos Formulistas 2 | R.S.E. |
| 24-05-05 | 2596/05 | A 352/05 | Morosos Fabricantes Cemento Galicia | A.S. |
| 25-05-05 | 2287/01 | R 586/03 | Telepizza 2 | R.S.E. |
| 31-05-05 | 2455/03 | 579/04 | Asturcolchón/Tempur | E.S. |
| 31-05-05 | 2134/00 | R 614/04 | Terapias Respiratorias Domiciliarias 2 | R.S.E. |
| 13-06-05 | 1460/96 | A 205/97 | Carburos Metálicos (Auto incoación expte. revocación e imposición sanción) | A.S. |
| 14-06-05 | 2336/01 | 581/04 | CERAFRUT/BAYER | E.S. |
| 16-06-05 | 2437/02 | 584/04 | PRENSA/CORREOS | E.S. |
| 16-06-05 | 2430/02 | 580/04 | Gas Natural | E.S. |
| 23-06-05 | 2487/03 | r 616/04 | Citroën | R.A.A. |

| <i>Fecha</i> | <i>Núm.</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|-------------|---------------|---|----------------|
| 30-06-05 | 2257/01 | 558/03 | Mayoristas Pescado Alcantarilla | E.S. |
| 05-07-05 | | r 649/05 | Cines Aguilar de Campoo | OTROS |
| 05-07-05 | | A 280/00 | Morosos Hostelería | A.S. |
| 11-07-05 | 2477/03 | R 652/05 | Empresarios de Cine | R.S.E. |
| 12-07-05 | 2335/01 | A 312/02 | Red Interflora | A.S. |
| 14-07-05 | 1243/95 | A 135/95 | Morosos Detergentes | A.S. |
| 19-07-05 | 2615/05 | A 353/05 | Morosos distribuidores de gasóleo | A.S. |
| 19-07-05 | 137/95 | A 137/95 | Morosos Cerámica Valencia (Renovación de autorización) | A.S. |
| 21-07-05 | 1848/98 | 502/00 | Funerarias Madrid 3 (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 21-07-05 | 1679/97 | 447/98 | Líneas Aéreas 2 (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 21-07-05 | 1308/95 | 395/97 | Vacunas antigripales (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 26-07-05 | | r 659/05 | Agrupación Sordos Granada | R.A.A. |
| 26-07-05 | 843/92 | 357/95 | Expertos Inmobiliarios (Resolución de Ejecución de Sentencia) | OTROS |
| 12-09-05 | 2453/03 | 586/04 | Aplicaciones Electromecánicas/Iberdrola 2 | E.S. |
| 27-09-05 | 1263/95 | A 142/95 | Morosos Instrumentación Dental | A.S. |
| 28-09-05 | 2518/04 | r 642/05 | Franquiciados Papelería | R.A.A. |
| 11-10-05 | 2188/00 | 585/04 | Agua Costa del Sol | E.S. |
| 13-10-05 | 2597/05 | r 660/05 | Viviendas Ministerio de Defensa | R.A.A. |
| 14-10-05 | 2501/04 | r 617/04 | Castellana Subastas | R.A.A. |
| 24-10-05 | 2534/04 | r 646/05 | NISSAN | R.A.A. |
| 14-10-05 | 2527/04 | r 630/04 | RACE | R.A.A. |
| 25-10-05 | 2027/99 | 483/00 | Colegio Gestores Administrativos Galicia (Resolución Ejecución Sentencia) | OTROS |
| 27-10-05 | 2581/04 | r 651/05 | Cines Andalucía | R.A.A. |
| 28-10-05 | | A 275/00 | Morosos Rótulos Luminosos (Prórroga) | A.S. |
| 31-10-05 | 2578/04 | r 650/05 | HEFER/HONDA | R.A.A. |
| 04-11-05 | 2466/03 | r 653/04 | Deportes Álava | R.A.A. |
| 07-11-05 | 2329/01 | A 308/01 | Euro 6000/4B | A.S. |
| 24-11-05 | 2511/04 | r 634/04 | SGAE-ASIMELEC | R.A.A. |
| 05-12-05 | 2515/04 | r 632/04 | Binter Canarias | R.A.A. |

| <i>Fecha</i> | <i>Núm.</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|-------------|---------------|-----------------------------------|----------------|
| 07-12-05 | 2562/04 | r 670/05 v | Unión Fenosa 2 | OTROS |
| 13-12-05 | 2361/02 | r 602/03 | Floristerías/Tanatorio Sevilla | R.A.A. |
| 13-12-05 | | r 674/05 | Viviendas Ministerio de Defensa 2 | M.C. |

2. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El número de expedientes sancionadores que ha resuelto el TDC en el año 2005 ha disminuido respecto del año anterior para situarse en el nivel más bajo de los últimos diez años.

Todos los expedientes sancionadores instruidos en el año 2005, excepto uno, han desembocado en resoluciones finales. Una resolución se refiere a la aplicación del art. 29 LDC a raíz de la negativa a suministrar una documentación en el marco de un expediente de concentración que afecta a PANASEF Patronal de Servicios Funerarios. El Tribunal impone una multa de 6.010,12 euros a esta entidad.

El cuadro que sigue relaciona las resoluciones finales de expedientes sancionadores con indicación de su fecha; número de expediente con indicación de su origen en virtud de denuncia o de oficio por la propia Administración; las conductas detectadas; la decisión del TDC acerca de si se acredita (E.) o no se acredita (N.E.) la existencia de las prácticas prohibidas o si se estima procedente su sobreesimiento (s.); la multa impuesta en aplicación del art. 10.1 LDC; y la multa impuesta en aplicación del art. 10.3 LDC.

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i> | <i>Dec.</i> | <i>Multa 10.1 LDC</i> | <i>Multa 10.3 LDC</i> |
|--------------|-----------------------|--|-------------|---|-----------------------|
| 16-02-05 | 576/04 Denuncia | Art.1. Acuerdos restrictivos consistentes en la suspensión de la emisión de la Acreditación de Tirada y Distribución a determinados diarios. | N.E. | | |
| 16-02-05 | 58259/043 Denuncia | Art. 1. Acuerdo de los precios de los servicios para la obtención del permiso de conducir entre autoescuelas de diversas poblaciones de Extremadura. | E. | 6.000 € a cada una de las 13 autoescuelas imputadas | |
| 04-03-05 | 574/04 Denuncia | Art. 1. Acuerdo de los precios del pan entre diversas panaderías de Aranda de Duero. | E. | 3.000 € a cada una de las 8 panaderías imputadas | |

| Fecha | Exped. | Conducta | Dec. | Multa 10.1 LDC | Multa 10.3 LDC |
|----------|--------------------|--|------|--|----------------|
| 07-03-05 | 574/04 Denuncia | Art. 1. Prohibición de fabricar y/o comercializar embalajes no sujetos a normas de calidad Plaform. | E. | 400.000 € a la Asociación profesional AFCO y 200.000 € a la empresa imputada | |
| 06-04-05 | 577/04 Denuncia | Art. 6. Abuso de posición de dominio en el mercado canario de la cerveza mediante prácticas contractuales exclusorias (no acreditada la posición de dominio). | N.E. | | |
| 25-04-05 | 583/04 Denuncia | Art. 1. Fijación del precio del aceite de la marca KOIPE entre diversas cadenas de alimentación (caducidad del expediente en la fase de instrucción). | N.E. | | |
| 31-05-05 | 579/04 Denuncia | Art. 1. Fijación vertical de precios mínimos de venta al público de colchones. | E. | 150.000 € | |
| 14-06-05 | 581/04 Denuncia | Art. 6. Abuso de posición dominante consistente en la denegación de la carta/acceso/somunistro a la Iprodiona (no acreditada la posición de dominio). | N.E. | | |
| 16-06-05 | 584/04 Denuncia | Art. 6. Abuso de posición dominante de CORREOS consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (servicios postales para el envío de publicaciones periódicas). | E. | 900.000 € | |
| 16-06-05 | 580/04 Denuncia | Art. 6. Abuso de posición de dominio por Gas Natural consistente en obstaculizar por vía contractual el acceso de terceros a la capacidad de regasificación. | E. | 8.000.000 € | |
| 30-06-05 | 558/03 Denuncia | Art. 1: Acuerdo de boicot consistente en no utilizar los módulos adjudicados para la venta de pescado en Alcantarilla (Murcia). | N.E. | | |
| 12-09-05 | 586/04 Denuncia | Art. 6. Abuso de posición de dominio de Iberdrola consistente en la negativa de conexión de red de suministro eléctrico a determinadas instalaciones (existencia de razones objetivas para esta negativa: falta de prueba de aislamiento necesaria). | N.E. | | |
| 11-10-05 | 585/04 Denuncia | Art. 6 y 82 TDC. Abuso de posición de dominio (mercado en alta del suministro de agua) consistente en discriminar a las empresas en el suministro en baja (no hay discriminación sino aplicación de normativa reguladora) | N.E. | | |

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. 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 constatada por el SDC. De hecho, en este año 2005, por primera vez, en más de la mitad de los expedientes, el TDC considera no acreditada la conducta (en 2004, de las 22 resoluciones sancionadoras se considera en 5 que no existe acreditación).

En cuanto a las multas, cabe señalar la lógica disminución de su cuantía tras el espectacular incremento del año anterior a consecuencia de las elevadas multas impuestas a Telefónica y a Correos. No obstante este descenso, la cuantía de las multas impuestas en el año 2005 tiende a incrementarse ya que, a pesar de haber disminuido el número de expedientes sancionadores, el importe global de las sanciones pecuniarias es claramente superior a los correspondientes a los años 2002 y 2003.

| 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 € |
| 2005 | 9.752.000 € | 0 € | 9.752.000 € |

B. MEDIDAS CAUTELARES

En el año 2005 hay un auto sobre medidas cautelares (Auto de 13 de diciembre de 2005, expt. R674/05, Viviendas Ministerio de Defensa 2). El TDC desestima el recurso interpuesto contra la actuación del SDC consistente en no haber dado respuesta a una petición de suspensión cautelar de una conducta objeto de una Resolución del TDC estimatoria de un recurso contra un archivo y sobre la que el SDC no ha incoado todavía expediente. El TDC desestima el recurso porque entiende que no pueden acordarse medidas cautelares en un procedimiento que aún no se ha iniciado.

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 2005 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 |
| 2005 | 11 | 13 | 0 | 2 |

a) Resolución final sobre primera solicitud

El TDC ha dictado, en el año 2005, 10 resoluciones finales en expedientes de autorización singular.

El cuadro adjunto relaciona las resoluciones publicadas con indicación de su fecha, su expediente, la conducta objeto de autorización, la decisión del TDC y, en su caso, el límite temporal de la autorización otorgada.

| Fecha | Exped. | Conducta | Decisión | Límite temporal |
|----------|----------|--|---|-----------------|
| 08-02-05 | A 335/03 | Modelo de acuerdo del Centro de Cooperación Interbancaria para el funcionamiento del Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI). | Denegación de la autorización | |
| 17-03-05 | A 349/04 | Registro de morosos. | Autorización condicionada a nueva versión de estatutos. | 5 años. |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i> | <i>Decisión</i> | <i>Límite temporal</i> |
|--------------|---------------|---|--------------------------------|------------------------|
| 30-03-05 | R 554/03 | Contratos de exclusiva entre BP Oil España y 24 estaciones de servicios. | Denegación de la autorización. | |
| 11-04-05 | A 318/02 | Sistema de fijación de tasas de intercambio aplicables a las operaciones interbancarias originados con pagos mediante tarjeta entre los miembros de SERVIDED. | Denegación de la autorización. | |
| 11-04-05 | A 314/02 | Sistema de fijación de tasas de intercambio aplicables a las operaciones interbancarias originados con pagos mediante tarjeta entre los miembros de SISTEMA 4B. | Denegación de la autorización. | |
| 22-04-05 | A 350/04 | Sistema Integrado de Gestión de residuos de envases de vidrio y envases de vidrio por la entidad ECOVIDRIO. | Autorización. | 5 años. |
| 24-05-05 | A 352/05 | Registro de morosos. | Autorización. | 5 años. |
| 12-07-05 | A 312/02 | Modelo de contrato por el que regir las relaciones en la Red Interflora entre las floristerías españolas que deseen adherirse a la red de transmisión y ejecución de encargos florales. | Autorización. | 5 años. |
| 19-07-05 | A 353/05 | Registro de morosos. | Autorización. | 5 años. |
| 07-11-05 | A 308/01 | Acuerdo de EURO 6000 por el que se establecen condiciones de servicio bilaterales en las disposiciones de efectivo realizadas con tarjetas en los cajeros automáticos. | Autorización con condiciones. | 1 año. |

Como en el año 2004, y a diferencia de los anteriores, los registros de morosos no constituyen la principal materia sobre la que versan las resoluciones autorizatorias del TDC. Asimismo, destaca que existe un casi equilibrio entre las resoluciones positivas y las denegatorias.

En el caso de las autorizaciones otorgadas, en casi todos los casos se dispone el plazo temporal de cinco años de duración.

El gráfico siguiente permite apreciar el distinto contenido de estas resoluciones en comparación con los 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>N. 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 |

| <i>Año</i> | <i>AUT.</i> | <i>N. AUT.</i> | <i>DES.</i> | <i>N. LDC</i> | <i>EXP. SAN.</i> |
|------------|-------------|----------------|-------------|---------------|------------------|
| 2001 | 6 | 0 | 1 | 2 | 0 |
| 2002 | 13 | 4 | 1 | 3 | 0 |
| 2003 | 9 | 0 | 1 | 3 | 0 |
| 2004 | 7 | 7 | 0 | 0 | 0 |
| 2005 | 6 | 4 | 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>N. LDC</i> | <i>EXP. SAN.</i> |
|------------|-------------|----------------|-------------|---------------|------------------|
| 1997 | 71,79 | 10,25 | 2,56 | 12,82 | 2,56 |
| 1998 | 58,82 | 11,76 | 5,88 | 23,52 | 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 |
| 2005 | 60,00 | 40,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |

b) *Solicitud de prórroga*

El TDC ha dictado más resoluciones de prórroga que de nueva autorización. No obstante, la disminución de las solicitudes de prórrogas es cuantitativamente mucho mayor que la de nuevas autorizaciones. En concreto, ha dictado, en 2005, 13 resoluciones, que en su casi totalidad versan sobre registros de morosos (11 de las 13 resoluciones dictadas). En todos los casos de registros de morosos (salvo un desistimiento), el TDC ha concedido la prórroga, siempre para un plazo de cinco años. En los otros dos casos ha concedido prórroga por tres años.

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i> | <i>Decisión</i> | <i>Límite temporal</i> |
|--------------|---------------|----------------------|-----------------|------------------------|
| 17-01-05 | A 104/94 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 21-02-05 | A 112/95 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 28-02-05 | A 109/94 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i> | <i>Decisión</i> | <i>Límite temporal</i> |
|--------------|---------------|--|-----------------|------------------------|
| 17-03-05 | A 296/01 | Elaboración y publicación de un Anuario del Sector Videográfico Español. | Prórroga. | 3 años. |
| 04-04-05 | A 261/99 | Contrato tipo de prestación de servicios frigoríficos. | Prórroga. | 3 años. |
| 25-04-05 | A 101/94 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 13-05-05 | A 111/95 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 23-05-05 | A 130/95 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 05-07-05 | A 280/00 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 14-07-05 | A 135/95 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 19-07-05 | A 137/95 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 27-09-05 | A 142/95 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |
| 28-10-05 | A 275/00 | Registro de morosos. | Prórroga. | 5 años. |

c) *Modificación de la autorización*

En el año 2005, el TDC no ha dictado ninguna resolución de modificación de una autorización existente.

d) *Revocación de la autorización*

En el año 2005, tras seis años sin acordar ninguna revocación, el TDC ha dictado dos autos interesando al SDC que inicie sendos expedientes de revocación de una autorización existente.

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i> | <i>Decisión</i> |
|-------------------|---------------|--|---|
| 11-4-05 (Auto) | A 287/00 | Sistema de fijación de tasas de intercambio entre entidades de crédito que forman parte del Sistema EURO 6000. | Interesar al SDC la incoación de expediente de revocación o modificación. |
| 13-6-05 (Auto) | A 205/97 | Convenio de producción conjunta de gases industriales y comercialización separada e independiente. | Interesar al SDC la incoación de expediente de revocación. |

3. RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como en anteriores años, las resoluciones del TDC relativas a recursos interpuestos contra actos del SDC (R.A.A. + R.S.E.) siguen siendo propor-

cionalmente 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 R.A.A.).

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 20 en el ejercicio 2005. A continuación se relacionan estas resoluciones con indicación de su fecha, el número de expediente, la conducta cuestionada y la decisión del TDC.

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i> | <i>Decisión</i> |
|--------------|---------------|--|------------------------------|
| 21-01-05 | r 636/04 | Acuerdos de financiación entre empresas que pertenecen a un mismo grupo. | Desestimación. |
| 21-01-05 | r 628/04 | Contrato de concesión para la distribución de automóviles Toyota extinguido hace dos años a resultas entrada en vigor de nuevo Reglamento de exención. | Desestimación. |
| 31-01-05 | r 635/04 | Suesta negativa de suministro de información por parte de AENA, beneficiando que beneficia directamente a una empresa participada por ella. | Estimación. |
| 01-03-05 | r 645/05 | Denuncia por diversas estaciones de servicio contra Total por supuesta infracción art. 1. | Inadmisión por extemporáneo. |
| 21-04-05 | r 643/05 | Supuesta negativa injustificada de determinadas especialidades farmacéutica. | Desestimación. |
| 05-05-05 | r 578/03 | Negativa de Universal de otorgar la licencia a sus asociados para utilizar los fonogramas que produce. | Desestimación. |
| 18-05-05 | r 647/05 | Acuerdo por el que se otorga la distribución exclusiva en España de amplificadores de música. | Desestimación. |
| 23-06-05 | r 616/04 | Supuesta infracción del art. 1 por fijar determinados criterios de selección a los distribuidores de Citroën. | Desestimación. |
| 26-07-05 | r 659/05 | Supuesto abuso de posición de dominio consistente en la fijación de precios y condiciones en el mercado. | Inadmisión por extemporáneo. |
| 28-09-05 | r 642/05 | Supuesto abuso de posición de dominio consistente en la imposición de precios discriminatorios y la aplicación de condiciones comerciales desiguales. | Desestimación. |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i> | <i>Decisión</i> |
|--------------|---------------|---|------------------------------|
| 13-10-05 | r 660/05 | Supuestas infracciones en el marco de las actuaciones de los Colegios Profesionales en el proceso de otorgamiento de las escrituras de compraventa de las viviendas del personal del Ministerio de Defensa. | Estimación. |
| 14-10-05 | r 617/04 | En el marco de subastas, fijación en algunos casos de un precio de reserva, secreto para los licitadores y superior al fijado en el catálogo como precio de salida. | Estimación. |
| 24-10-05 | r 646/05 | No admisión de los denunciantes en la red de concesionarios Nissan tras entrada en vigor nuevo Reglamento de exención por categorías. | Desistimiento de las partes. |
| 14-10-05 | r 630/04 | Supuestas prácticas restrictivas por actos de competencia desleal por parte de mutuas de automovilistas. | Inadmisión por extemporáneo. |
| 27-10-05 | r 651/05 | Supuesto abuso de posición de dominio consistente en prácticas exclusorias en el mercado de la exhibición de películas. | Estimación. |
| 31-10-05 | r 650/05 | Supuestas infracciones en contratos de concesión de vehículos Honda. | Desestimación. |
| 04-11-05 | r 653/04 | Supuesto abuso de posición de dominio y acto de competencia desleal del Ayuntamiento de Vitoria en el sector de los servicios deportivos. | Desestimación. |
| 24-11-05 | r 634/04 | Acuerdo en orden a fijar la remuneración compensatoria por copia privada de CD-ROM y DVD. | Estimación. |
| 05-12-05 | r 632/04 | Supuesto abuso de posición dominante en de la publicidad en la publicación gratuita distribuida en los aviones. | Estimación. |
| 13-12-05 | r 602/03 | Supuesto abuso de posición dominante por la empresa del Tanatorio de Sevilla por cobrar para permitir la entrada en sus dependencias de adornos mortuorios. | Estimación. |

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 |

| Año | N. EST. | EST. | INAD. | DES. |
|------|---------|------|-------|------|
| 2001 | 16 | 9 | 0 | 1 |
| 2002 | 20 | 6 | 1 | 1 |
| 2003 | 10 | 8 | 2 | 1 |
| 2004 | 14 | 6 | 2 | 0 |
| 2005 | 9 | 7 | 3 | 1 |

Estos datos corresponden a los siguientes porcentajes:

| Año | N. EST. | EST. | INAD. | DES. |
|------|---------|-------|-------|------|
| 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 |
| 2005 | 45,00 | 35,00 | 15,00 | 5,00 |

Respecto a los años anteriores, cabe observar una importancia relativa menor de las resoluciones desestimatorias y, por el contrario, un aumento significativo de las resoluciones estimatorias.

B. RECURSOS CONTRA EL SOBRESIMIENTO DE EXPEDIENTES

En el año 2005, con nueve resoluciones, disminuye por segundo año consecutivo el número de 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:

| Fecha | Exped. | Conducta | Decisión |
|----------|----------|--|----------------|
| 18-01-05 | R 606/04 | Supuesta limitación por la Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León de la distribución de la señal de su canal de distribución que se difunda por ondas terrestres. | Desestimación. |
| 02-02-05 | R 592/03 | Supuesta aplicación por el Ayuntamiento de Villarreal de precios predatorios en cursos de gimnasia. | Desestimación. |

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Conducta</i> | <i>Decisión</i> |
|--------------|---------------|--|-----------------|
| 17-03-05 | R 554/03 | Supuesta aplicación por el Ayuntamiento de Almazora de precios predatorios en cursos de gimnasia. | Desestimación. |
| 04-05-05 | R 608/04 | Supuesta aplicación por el Cabildo Insular de Lanzarote de precios muy por debajo de los costes en cursos para la preparación del título de patrón. | Desestimación. |
| 19-05-05 | R 644/05 | Supuesto otorgamiento por REPSOL de mejores condiciones económicas a los distribuidores intermedios y titulares de estaciones fijas que a las estaciones de servicios con las que tiene suscritos contratos de compra exclusiva. | Desestimación. |
| 23-05-05 | R 626/04 | Negativa de suministro a farmacias del principio activo sibutramina para elaborar fórmulas magistrales contra la obesidad. | Desestimación. |
| 25-05-05 | R 586/03 | Supuesta imposición de determinadas restricciones injustificadas o discriminatorias a los franquiciados de Pizza World. | Desestimación. |
| 31-05-05 | R 614/04 | Presunta concertación para presentar una oferta conjunta al concurso de terapias domiciliarias en la Comunidad de Madrid. | Desestimación. |
| 11-07-05 | R 652/05 | Imputación a una asociación de una negativa de suministro en el mercado de la distribución de películas. | 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 2005 junto con los de los ocho 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 |
| 2005 | 9 | 0 | 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 | 37,50 | 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 |
| 2005 | 1.000,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |

Cabe advertir que todas las resoluciones son desestimatorias.

4. CONCENTRACIONES

Se indican a continuación los siete casos en que, durante el año 2005, el TDC ha emitido dictamen respecto de una operación de concentración.

| <i>EXPED.</i> | <i>PARTES</i> | <i>DICTAMEN</i> |
|---------------|--|------------------|
| C87/05 | Toma de control exclusivo, mediante la adquisición de la totalidad de su capital social, por parte de Destilerías AREHUCAS, S.A. de las compañías fábrica de licores ARTEMI, S. L. y Distribuidora Archipiélago Canario, S. L. | No oposición. |
| C88/05 | Constitución de la empresa en participación Spanish Intoplane Services, S. L. (SIS), controlada conjuntamente por Shell España, S. A. y Compañía Española de Petróleos, S. A. al 50 por 100. | Con condiciones. |
| C89/05 | Adquisición del control conjunto de las filiales, Igualatorio Médico Quirúrgico, S. A. de seguros e IQUIMESA Seguros de Salud, S. A. | Con condiciones. |
| C90/05 | Adquisición por parte de Catelli Food Technology, S. R. L. del control exclusivo de las empresas SIG COMACO, S. P. A. y SIG MANZINI, S. P. A. | No oposición. |
| C91/05 | Integración con toma de control exclusivo de Antena 3 Radio en sociedad de servicios radiofónicos unión radio. | Con condiciones. |
| C92/05 | Adquisición por parte de dinosol de activos correspondientes a once establecimientos propiedad de supermercado Mercacento, S. L. | No oposición. |
| C93/05 | Adquisición por parte de Telefónica de España, S. A. U. del control exclusivo sobre Iberbanda, S. A. | Oposición. |

En resumen:

| Año | Oposición | No oposición | No oposición con condiciones | Total |
|------|-----------|--------------|------------------------------|-------|
| 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 |
| 2005 | 1 | 3 | 3 | 7 |

AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

De momento únicamente la autoridades catalanas de defensa de la competencia han adoptado resoluciones en aplicación de la LDC.

CATALUÑA

En el año 2005, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC) ha adoptado 4 resoluciones, frente a las 6 del año anterior. Se trata de 3 expedientes sancionadores y de 1 recurso contra una decisión de sobreseimiento de la Dirección General de Defensa de la Competencia. Los 3 expedientes sancionadores se refieren a acuerdos de precios en el sector de las autoescuelas, se consideran acreditadas las conductas y se imponen sendas multas por un importe total de 743.100 euros.

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 resolutive.

| <i>Fecha</i> | <i>Exped.</i> | <i>Referencia</i> | <i>Tipo</i> | <i>Materia</i> | <i>Decisión</i> |
|--------------|---------------|---|--------------------------------|--|--|
| 02-02-05 | RC 7/04 | Colegio Oficial de Detectives Privados de Cataluña. | Recurso contra sobreseimiento. | Exigencia de habilitación y de visado para actuar en Cataluña. | Estimación parcial. |
| 17-06-05 | 5/04 | Autoescuelas de Santa Coloma. | Expediente sancionador. | Acuerdo de fijación de precios. | Multas a las autoescuelas imputadas por un total de 153.500 €. |
| 23-06-05 | 6/04 | Autoescuelas de Badalona. | Expediente sancionador. | Acuerdo de fijación de precios. | Multas a las autoescuelas imputadas por un total de 272.600 €. |
| 23-11-05 | 8/04 | Autoescuelas de L'Hospitalet de Llobregat. | Expediente sancionador. | Acuerdo de fijación de precios. | Multas a las autoescuelas imputadas por un total de 317.000 €. |

AUDIENCIA NACIONAL

La Sección Sexta de la Audiencia Nacional, que conoce de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC, ha dictado 58 sentencias en 2005 (más dos autos). Esta cifra se aproxima a la de los años precedentes: 51 sentencias en 2004, en el año 2003 fueron 67 y en el ejercicio anterior 46.

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:

| Fecha | Resolución TDC | Materia | Decisión |
|------------|--------------------------------------|--|--------------------|
| 05-01-2005 | 24-10-2001 Expediente sancionador | Art. 1: recomendación a los asociados de boicot a la feria de agosto de Huesca y publicación anuncios denigratorios. | Confirma Res. TDC. |
| 19-01-2005 | 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. |
| 26-01-2005 | 10-09-2001 Expediente sancionador | Art. 1: prácticas anticompetitivas en el ámbito de la distribución exclusiva de productos petrolíferos. Responsabilidad no exigible por haber identidad con procedimiento idéntico tramitado por TDC. <i>Non bis in idem</i> . | Confirma Res. TDC. |
| 26-01-2005 | 24-09-2001 Sobreseimiento | Art. 7: Recurso contra sobreseimiento parcial (Freixenet-Codorniu). | Confirma Res. TDC. |
| 26-01-2005 | 09-10-2001 Sobreseimiento | Art. 6: Abuso de posición de dominio consistente en dificultar servicios de cementerio a los familiares de fallecidos procedentes de tanatorios privados. | Confirma Res. TDC. |
| 26-01-2005 | 12-02-2001 Sobreseimiento | Art. 1: Recurso contra sobreseimiento parcial (presunta infracción art. 1), continuando instrucción sobre art. 6. exportación paralela de medicamentos. | Confirma Res. TDC. |
| 26-01-2005 | 01-02-2002 Archivo | Distorsiones de la competencia a consecuencia diferencias en el tratamiento IVA de los servicios postales. | Confirma Res. TDC. |
| 28-01-2005 | 04-07-2003 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |

| Fecha | Resolución TDC | Materia | Decisión |
|------------|--------------------------------------|---|--|
| 07-02-2005 | 06-05-1999 Archivo | Art. 1, 6 y 7: denuncia de unespa sobre asistencia sanitaria a las víctimas de accidentes de tráfico. | Confirma Res. TDC. |
| 07-02-2005 | 03-04-2002 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. |
| 10-02-2005 | 26-04-2002 Archivo | Art. 1: supuesta infracción por Administración Local al imponer un programa informático en centros educativos. | Confirma Res. TDC. |
| 10-02-2005 | 03-04-2002 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. |
| 10-02-2005 | 12-03-2001 Sobreseimiento | Art. 1: circulares de colegios de odontólogos que aconsejan no facilitar datos fiscales de fabricantes de prótesis. | Confirma Res. TDC. |
| 14-02-2005 | 05-12-2001 Sobreseimiento | Art. 6: ausencia de posición de dominio de empresas farmacéuticas. | Confirma Res. TDC. |
| 28-02-2005 | 19-12-2001 Expediente sancionador | Art. 1: fijación de precios y de condiciones comerciales en el puerto de Bilbao. | Estimación parcial: reducción de la multa. |
| 07-03-2005 | 01-04-2002 Expediente sancionador | Art. 6: mecanismo de fidelización a las agencias de viaje. | Confirma Res. TDC. |
| 05-04-2005 | 26-11-2002 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |
| 15-04-2005 | 30-05-2002 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |
| 06-05-2005 | 30-05-2002 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |
| 11-05-2005 | 04-06-2001 Expediente sancionador | Art. 1: concertación de precios entre empresas cementeras de Girona. | Confirma Res. TDC. |
| 11-05-2005 | 04-06-2001 Expediente sancionador | Art. 1: concertación de precios entre empresas cementeras de Girona. | Confirma Res. TDC. |
| 11-05-2005 | 04-06-2001 Expediente sancionador | Art. 1: concertación de precios entre empresas cementeras de Girona. | Confirma Res. TDC. |
| 11-05-2005 | 04-06-2001 Expediente sancionador | Art. 1: concertación de precios entre empresas cementeras de Girona. | Confirma Res. TDC. |
| 23-05-2005 | 30-05-2002 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |
| 23-05-2005 | 17-01-2002 Archivo | Art. 81: supuesta infracción por introducción de nuevo producto. Acto unilateral. | Confirma Res. TDC. |
| 30-05-2005 | 16-07-2002 Archivo | Art. 1: precios en contratos de suministro de carburante. <i>Non bis in idem</i> . Existencia de expediente por los mismos hechos y para un territorio más amplio. | Confirma Res. TDC. |
| 01-06-2005 | 21-10-2002 Archivo | Transporte de gases licuados: Art. 1: la aceptación de la oferta hecha por una asociación no es concertación. Art. 6: no determinación del mercado ni de la supuesta posición de dominio. Art. 7: inexistencia de interés público. | Confirma Res. TDC. |
| 06-06-2005 | 30-05-2002 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución TDC</i> | <i>Materia</i> | <i>Decisión</i> |
|--------------|--------------------------------------|--|---|
| 10-06-2005 | 04-09-2003 Incidental | Resolución tdc. que inadmite recurso contra auto tdc. por el que se deniega a Gas Natural la condición de interesada en procedimiento sancionador contra empresas eléctricas. | Confirma Res. TDC. |
| 14-06-2005 | 05-04-2002 Expediente sancionador | Art. 6: existencia de posición de dominio en mercado y de abuso. Sanción: AN afirma que el denunciante no está legitimado para recurrir la cuantía de la multa que considera poco elevada. AN no puede imponer una multa coercitiva no acordada por el TDC. | Confirma Res. TDC. e inadmite recurso en cuanto a la multa. |
| 14-06-2005 | 05-04-2002 Expediente sancionador | Art. 6: existencia de posición de dominio en mercado y de abuso. | Confirma Res. TDC. |
| 27-06-2005 | 26-09-2002 Expediente sancionador | Art. 1: establecimiento de honorarios mínimos de abogados en el código de deontología. No aplicación LDC (cobertura art. 2.1) por cuanto regla reproduce lo previsto en estatutos generales adoptados mediante RD. | Estimación del Recurso. Anulación Res. TDC. |
| 30-06-2005 | 29-04-2002 Expediente sancionador | Art. 6: Negativa de acceso al bucle telefónico. | Confirma Res. TDC. |
| 30-06-2005 | 13-06-2... Expediente sancionador | Art. 1 y 3: Concertación de precios en el transporte marítimo de pasajeros entre Ceuta y la Península. Prueba indiciaria, cuantía de la sanción y denegación de autorización. | Confirma Res. TDC. |
| 30-06-2005 | 09-09-2002 Autorización | Art. 3: Prórroga de 6 meses de autorización de Registro de autorizaciones impagadas (objeto de anteriores autorizaciones con condiciones por periodos de 5 años). | Confirma Res. TDC. |
| 14-07-2005 | 14-03-2002 Sobreseimiento | Art. 6: Concesión de Aena a Aldeasa de la venta libre de impuestos en aeropuertos. Legitimación de The Tie Gallery para recurrir. Inexistencia de conducta abusiva. | Confirma Res. TDC. |
| 14-07-2005 | 25-07-2002 Expediente sancionador | Art. 1: Acuerdo de distribución exclusiva de las entradas para el Mundial de Fútbol de 1998. Art. 6: Condiciones discriminatorias y negativas de suministro de entradas por parte del distribuidor exclusivo. | Confirma Res. TDC. |
| 15-07-2005 | 25-07-2002 Expediente sancionador | Art. 1: Acuerdo de distribución exclusiva de las entradas para el Mundial de Fútbol de 1998. Art. 6: Condiciones discriminatorias y negativas de suministro de entradas por parte del distribuidor exclusivo. | Confirma Res. TDC. |
| 22-07-2005 | 05-03-2002 Autorización | Art. 3: no autorización de acuerdo de constitución de empresa en participación para la comercialización del aceite. | Confirma Res. TDC. |
| 22-07-2005 | 03-04-2002 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. |
| 22-07-2005 | 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. |
| 21-09-2005 | 12-11-2002 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución TDC</i> | <i>Materia</i> | <i>Decisión</i> |
|--------------|--------------------------------------|--|--|
| 26-09-2005 | 20-06-2003 Expediente sancionador | Art. 6: Abuso de posición de dominio en el mercado liberalizado de correos. | Estimación parcial: reducción de la multa. |
| 26-09-2005 | 21-01-2004 Sobreseimiento | Art. 6: Desestimación de recurso contra acto de sobreseimiento. Supuesto abuso consistente en negativa de recepción de flores. No hay posición de dominio. | Confirma Res. TDC. |
| 27-09-2005 | 30-04-2002 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |
| 29-09-2005 | 12-11-2002 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |
| 03-10-2005 | 18-12-2002 Expediente sancionador | Art. 6: precios predatorios en el mercado del gas en el País Vasco. No acreditación abuso. | Confirma Res. TDC. |
| 26-10-2005 | 22-12-2004 Expediente sancionador | Art. 6 y 82 TCE: No ha resultado acreditada la práctica discriminatoria. | Desistimiento. |
| 14-11-2005 | 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. |
| 14-11-2005 | 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. |
| 14-11-2005 | 07-04-2003 Expediente sancionador | Art. 7: obtención por el Ayuntamiento del encargo de ejecución de proyecto en base a oferta verbal y fuera de plazo. | Confirma Res. TDC. |
| 15-11-2005 | 22-12-2004 Expediente sancionador | Art. 6 y 82 TCE: No ha resultado acreditada la práctica discriminatoria. | Desistimiento. |
| 17-11-2005 | 18-6-2004 | Art. 1: práctica concertada para unificar precios y condiciones comerciales en el sector del gas. | Confirma Res. TDC. |
| 21-11-2005 | 12-02-2003 Sobreseimiento | Art. 1: Desestimación de recurso contra acto de sobreseimiento parcial. Responsabilidad de las empresas matrices cementeras. | Confirma Res. TDC. |
| 21-11-2005 | 13-05-2003 Archivo | Destimación de recurso contra acto de archivo sobre conducta en el mercado de la revisión de las instalaciones de gas. | Inadmisibilidad por no entrar la Res. TDC en el fondo. |
| 21-11-2005 | 31-01-2003 Expediente sancionador | Art. 7: anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error. | Confirma Res. TDC. |
| 25-11-2005 | 04-03-2003 | Art. 1: concertación de precios entre autoescuelas. | Estimación. Anulación de la Res. TDC. |
| 28-11-2005 | 28-01-2003 Archivo | Art. 1 y 7: supuesta venta a pérdida en el transporte de viajeros por carretera. | Confirma Res. TDC. |
| 09-12-2005 | 27-11-2002 Autorización | Art. 3: Denegación de autorización singular solicitada por VISA. | Confirma Res. TDC. |
| 12-12-2005 | 18-06-2004 Expediente sancionador | Art. 1: práctica concertada para unificar precios y condiciones comerciales en el sector del gas. | Confirma Res. TDC. |

Al igual que en ejercicios anteriores, es destacable que la casi totalidad 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 impuestas 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:

| Año | Estadísticas | Confirma Res. TDC | Confirma parcialmente Res. TDC | Anula Res. TDC | Inadmisibilidad Otros | Total |
|------|--------------|-------------------|--------------------------------|----------------|-----------------------|-------|
| 1998 | Núm. | 25,00 | 1,00 | 4,00 | 1,00 | 31 |
| | % | 80,70 | 3,20 | 12,90 | 3,20 | 100 |
| 1999 | Núm. | 16,00 | 1,00 | 0,00 | 1,00 | 18 |
| | % | 89,00 | 5,50 | 0,00 | 5,50 | 100 |
| 2000 | Núm. | 22,00 | 6,00 | 5,00 | 0,00 | 33 |
| | % | 66,70 | 18,20 | 15,10 | 0,00 | 100 |
| 2001 | Núm. | 42,00 | 4,00 | 1,00 | 2,00 | 49 |
| | % | 85,70 | 8,20 | 2,00 | 4,10 | 100 |
| 2002 | Núm. | 40,00 | 6,00 | 0,00 | 1,00 | 47 |
| | % | 86,70 | 13,00 | 0,00 | 0,03 | 100 |
| 2003 | Núm. | 57,00 | 8,00 | 2,00 | 11,00 | 78 |
| | % | 73,08 | 10,25 | 2,56 | 14,11 | 100 |
| 2004 | Núm. | 43,00 | 4,00 | 3,00 | 1,00 | 51 |
| | % | 84,40 | 7,90 | 5,90 | 1,80 | 100 |
| 2005 | Núm. | 53,00 | 2,00 | 2,00 | 1,00 | 58 |
| | % | 91,50 | 3,40 | 3,40 | 1,70 | 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 o la totalidad 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 ser nulo. Cabe recordar la tendencia a la baja de los últimos años: 5 (2001), 3 (2002), 2 (2003) y 0 (2004).

1. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución</i> | <i>Materia</i> | <i>Decisión</i> |
|----------------------|--|---|---|
| Sentencia 09-03-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto por diversos colegios de APIS contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de prácticas contrarias a los arts. 1 y 7 LDC. | Estimación del recurso. Anulación de la parte dispositiva de la resolución. |
| Sentencia 15-03-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto por un laboratorio contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (vacunas antigripales). | Inadmisión del recurso. |
| Sentencia 23-03-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto por Telefónica contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de dos conductas prohibidas por el artículo 6 LDC (condiciones discriminatorias y vinculación de compras). | Estimación parcial del recurso. Reducción de la multa. |
| Sentencia 31-03-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto por un laboratorio contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (vacunas antigripales). | Desestimación del recurso. |

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución</i> | <i>Materia</i> | <i>Decisión</i> |
|-------------------------|--|---|--|
| Sentencia 05-04-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto contra sentencia confirmatoria de la Audiencia Nacional de la resolución del TDC que declara no acreditada una infracción de los art. 1 y 6 (recomendaciones técnicas de los transformadores eléctricos de medida). | Estimación del recurso. Declara nulidad de la resolución TDC y declara existencia de una recomendación colectiva infractora del artículo 1.1 b) LDC. |
| Sentencia 26-04-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto por ACOR contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución tdc que declaraba la existencia de un acuerdo de precios. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 26-04-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional | Recurso interpuesto por Azucarera Ebro Agrícolas contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 30-6-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto por Colegio de Gestores Administrativos de Galicia contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de una práctica contraria al artículo 1 LDC. | Inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. |
| Sentencia 30-06-2005 | Recurso de casación contra Auto de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto contra auto de la Audiencia Nacional por el que archivó el recurso de Benetton España contra resolución desestimatoria del recurso contra acuerdo del SDC de sobreesimiento (sistema de distribución). | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 13-07-2005 | Recurso de casación contra Auto de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto contra auto de la Audiencia Nacional desestimatorio de petición de medidas cautelares (suspensión sanción) en el marco de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de una fijación de precio en el sector de los carburantes. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 28-09-2005 | Recurso contra Real Decreto. | Recurso interpuesto contra el Real Decreto 1281/2002, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de España. | Estimación del recurso. |
| Sentencia 27-10-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto por el colegio de Ingenieros de Valencia contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra archivo confirmado por el TDC en relación con la contratación de proyectos y dirección de obras por la Universidad Politécnica de Valencia. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 02-11-2005 | 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. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 07-11-2005 | Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros. | Recurso interpuesto por Buena Vista y Walt Disney contra los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se autorizaba con condiciones la concentración económica Via Digital/Sogecable. | Desestimación del recurso. |

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución</i> | <i>Materia</i> | <i>Decisión</i> |
|----------------------|--|--|----------------------------|
| Sentencia 07-11-2005 | Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros. | Recurso interpuesto por Buena Vista y Walt Disney contra los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se autorizaba con condiciones la concentración económica Via Digital/Sogecable. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 07-11-2005 | Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros. | Recurso interpuesto por Sogecable, Telefónica y Distribuidora de Televisión Digital contra los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se autorizaba con condiciones la concentración económica Via Digital/Sogecable. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 07-11-2005 | Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros. | Recurso interpuesto por diversos operadores de cable contra los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se autorizaba con condiciones la concentración económica Via Digital/Sogecable. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 07-11-2005 | Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros. | Recurso interpuesto por Telecinco contra los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se autorizaba con condiciones la concentración económica Via Digital/Sogecable. | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 11-11-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso interpuesto por la Unión de Criadores de Toros de Lidia contra sentencia de la Audiencia Nacional que estima parcialmente (necesidad de individualizar la multa impuesta a cada una de los dos infracciones acreditadas) el recurso contra resolución sancionadora TDC . | Desestimación del recurso. |
| Sentencia 29-11-2005 | Recurso contra Acuerdos del Consejo de Ministros. | Recurso interpuesto por diversos operadores de cable contra los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se autorizaba con condiciones la concentración económica Via Digital/Sogecable. | Desestimación del recurso. |

Además, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado 6 autos en relación con la defensa de la competencia.

| <i>Fecha</i> | <i>Resolución</i> | <i>Materia</i> | <i>Decisión</i> |
|-----------------|--|--|--|
| Auto 10-02-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso contra sentencia de la Audiencia Nacional que desestima recurso contra resolución TDC que declara acreditada una infracción del art. 1 LDC consistente en la fijación de precios por diversas compañías de aviación. | Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa. |
| Auto 24-02-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso contra auto de la Audiencia Nacional, en pieza separada, por el que se acordó suspensión de pago de la multa y se denegó suspensión de los restantes pronunciamientos de la resolución TDC por la que se declara que los Estatutos del Colegio de Abogados de Madrid infringen la LDC. | Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa. |
| Auto 03-03-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso contra sentencia de la Audiencia Nacional que estima parcialmente recurso contra resolución TDC que confirma el archivo de expediente relativo a supuestas prácticas restrictivas en el sector de las estaciones de servicios. | Suspender el procedimiento y plantear un recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. |

| Fecha | Resolución | Materia | Decisión |
|-----------------|--|---|--|
| Auto 03-03-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso contra sentencia de la Audiencia Nacional que estima parcialmente recurso contra resolución TDC que declara acreditadas dos infracciones del art. 1 LDC consistentes en la fijación de precios y en la venta exclusivamente en farmacias de alimentos infantiles. | Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa. |
| Auto 01-04-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra la resolución TDC que declara acreditado el abuso de posición de dominio consistente en el no sometimiento a procedimientos de contratación pública de contratos suscritos por Tragsa. | Suspender el procedimiento y plantear un recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. |
| Auto 13-04-2005 | Recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional. | Recurso contra la sentencia de la Audiencia Nacional estimatoria y que anula la resolución TDC por la que se autoriza la constitución del Registro de Información de Crédito. | Suspender el procedimiento y plantear un recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. |

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 2005 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 sobre todo a que es el primer ejercicio en el que el sistema descentralizado de aplicación ha funcionado durante todo el año. Durante este ejercicio 2005, la Comisión ha sido informada sobre aproximadamente 180 nuevas investigaciones iniciadas por los miembros de la ECN.

A continuación se exponen las cifras relativas a nuevos asuntos desde el año 1992 al 2005, con indicación de su origen (iniciativa de la Comisión, denuncia, notificación) y el total:

| Año | Iniciativa comisión | Denuncia | Notificación | Total |
|------|------------------------|----------|--------------|-------|
| 2005 | 39 | 55 | 11 | 105 |
| 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 |

* En este *Anuario 2005* se han incorporado las estadísticas del año 2005 publicadas en el *Informe sobre la política de la competencia 2005* [Documento sec (2006) 761, de 15 de junio de 2006]. Además, de esta información se ha utilizado también la disponible en el servidor telemático de la DG de competencia.

| Año | <i>Iniciativa comisión</i> | <i>Denuncia</i> | <i>Notificación</i> | <i>Total</i> |
|------|--------------------------------|-----------------|---------------------|--------------|
| 1997 | 101 | 177 | 221 | 499 |
| 1996 | 94 | 168 | 209 | 471 |
| 1995 | 46 | 145 | 368 | 559 |
| 1994 | 16 | 140 | 236 | 392 |
| 1993 | 27 | 111 | 266 | 404 |
| 1992 | 43 | 110 | 246 | 399 |

B. RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES

Tras el ligero repunte del número de expedientes resueltos en el año 2004, la estadística del año 2005 disminuye muy sensiblemente de tal forma que constituye el mínimo histórico, al menos, de los últimos quince años. Sin embargo, en el año 2005 ha aumentado la importancia relativa de las decisiones formales.

El desdoblamiento entre decisiones formales e informales arroja las siguientes cifras:

| Año | <i>Decisiones formales</i> | <i>Procedimiento informal</i> | <i>Total</i> |
|------|--------------------------------|-----------------------------------|--------------|
| 2005 | 37 | 207 | 244 |
| 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 2005

Durante el año 2005, la Comisión ha adoptado cinco decisiones formales con imposición de multas. En todos los casos se trata de cárteles y se imponen multas a 37 empresas por un total de 683.029 millones de euros (a comparar con los datos de 2004, año en el que se multaron a 21 empresas por una cuantía total de 390 millones de euros).

| Fecha | Exped. | Referencia | Conducta | Decisión | Public. |
|------------|--------|---------------------------------|---|--|------------|
| 19-01-2005 | 37.773 | MCAA (Monochloroacetic acid) | Acuerdo de precios y de reparto de mercados en el mercado del MCAA. | Imposición de multa a 3 de las 4 empresas participantes por un total de 216,96 millones € (reducción de multa a dos de las empresas). | IP/05/61 |
| 14-9-2005 | 38.337 | PO / Thread | Acuerdo de precios en el mercado del hilo industrial utilizado en muy diversos sectores. | Multa a los productores de Alemania, Bélgica, Holanda, Francia, Suiza y el Reino Unido por un total de 43,497 millones de €. | IP/05/1140 |
| 30-10-2005 | 38.281 | Raw Tobacco (IT) | Acuerdo sobre el precio a pagar a los productores y reparto de proveedores de tabaco. | Multa de 3,4 millones € a cuatro empresas italianas procesadoras de tabaco (reducción de multa a tres de las empresas). | IP/05/1315 |
| 30-11-2005 | 38.354 | Industrial bags | Acuerdo sobre precios y sobre cuotas de mercado por áreas geográficas. | Multas por un importe total de 290,71 millones € a 16 empresas fabricantes de bolsas industriales de plástico de Alemania, países Benelux, Francia y España (inmunidad o reducción de multas a diversas empresas). | IP/05/1508 |
| 21-12-2005 | 38.443 | Rubber chemicals | Intercambio de información sobre precios y subida de precios en el mercado de las sustancias químicas para la industria del caucho. | Multas a cuatro empresas por un importe total de 75,86 millones €. | IP/05/1656 |

2. DECISIONES RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

A. NUEVOS ASUNTOS

El número de expedientes iniciados repunta ligeramente, manteniéndose básicamente las proporciones entre las diferentes estadísticas. Estas cifras no incorporan los expedientes iniciados en los sectores de la agricultura, la pesca, el transporte y el carbón.

| <i>Año</i> | <i>Total Expedientes iniciados</i> | <i>Notif.</i> | <i>No notif.</i> | <i>Existentes</i> | <i>Denuncias</i> |
|------------|------------------------------------|---------------|------------------|-------------------|------------------|
| 2005 | 986 | 678 | 92 | 12 | 204 |
| 2004 | 966 | 612 | 84 | 49 | 221 |
| 2003 | 935 | 639 | 101 | 18 | 177 |
| 2002 | 1.168 | 817 | 154 | 5 | 192 |
| 2001 | 1.196 | 840 | 152 | 52 | 152 |
| 2000 | 1.111 | 874 | 134 | 9 | 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, las estadísticas actualmente disponibles incluyen las resoluciones de expedientes en los sectores de la agricultura, la pesca, el transporte y el carbón.

| <i>Año</i> | <i>Expedientes resueltos</i> |
|------------|------------------------------|
| 2005 | 746 |
| 2004 | 887 |
| 2003 | 1.056 |
| 2002 | 855 |
| 2001 | 825 |
| 2000 | 776 |

Sigue un cuadro de desglose por países de los expedientes resueltos en el año 2005, incluidos los expedientes en los sectores de la agricultura, la pesca, el transporte y el carbón.

| <i>Estado miembro</i> | <i>2005</i> |
|-----------------------|-------------|
| Alemania | 85 |
| Austria | 15 |
| Bélgica | 15 |
| Chipre | 2 |
| Dinamarca | 22 |
| Eslovaquia | 15 |
| Eslovenia | 5 |
| Estonia | 8 |
| España | 56 |
| Finlandia | 10 |
| Francia | 66 |
| Grecia | 17 |
| Hungría | 5 |
| Irlanda | 10 |
| Italia | 192 |
| Letonia | 8 |
| Lituania | 6 |
| Luxemburgo | 4 |
| Malta | 0 |
| Países Bajos | 44 |
| Polonia | 62 |
| Portugal | 7 |
| República Checa | 22 |
| Suecia | 17 |
| Reino Unido | 53 |
| UNIÓN EUROPEA | 746 |

3. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

A. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

Tras el repunte del número de notificaciones del año 2004, el ejercicio 2005 confirma la tendencia hacia el incremento de casos notificados.

| Año | Número de notificaciones recibidas |
|------|------------------------------------|
| 1991 | 63 |
| 1992 | 60 |
| 1993 | 58 |
| 1994 | 95 |
| 1995 | 110 |
| 1996 | 131 |
| 1997 | 172 |
| 1998 | 235 |
| 1999 | 292 |
| 2000 | 345 |
| 2001 | 335 |
| 2002 | 279 |
| 2003 | 212 |
| 2004 | 249 |
| 2005 | 313 |

B. DECISIONES FINALES

La Comisión ha adoptado 296 decisiones finales en materia de concentraciones durante el año 2005. Esta cifra supone volver a aumentar la estadística de 2004, tras tres años consecutivos de disminución del número de expedientes resueltos, aunque todavía muy lejos de los niveles del inicio del milenio (345 en el año 2000). Cabe advertir que en este año, el 100 por 100 de las decisiones adoptadas ya se han realizado en base al nuevo Reglamento 139/2004.

De las cifras que a continuación se muestran destaca que, como en el ejercicio precedente, el 57 por 100 de las decisiones fueron adoptadas en aplicación del procedimiento simplificado. Por otro lado, de las 291 decisiones adoptadas en la fase I, 15 de ellas fueron aprobaciones con condiciones, 276 consistieron en declaraciones de compatibilidad, mientras que sólo en 15 casos se impusieron condiciones. La Comisión adoptó en el año 2005, 5 decisiones en la fase II, de las cuales 2 fueron declaraciones de compatibilidad y las otras 3 declaraciones de compatibilidad con condiciones. En cuanto al resto, las estadísticas de 2005 no difieren mucho de las de 2004.

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 | |
|-----------------------------|-----------------------------------|---|--|---|--|---|------------------------------------|--|---------------|--|--------------------------|
| REG. 139/04 | 6.1.a) | 6.1.b) | 6.1.b) + 6.2 | 6.1.b) | 9.3.b) | 9.3.b) | 8.1 | 8.2 | 8.3 | 8.4 | |
| CONTENIDO DE LA DECISIÓN | Fuera del ámbito de aplicación | Compatible con el mercado común (incluidas las adoptadas por procedimiento simplificado) | 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 |
| 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 |
| 2005 | 0 | 276 | 15 | | 3 | 3 | 2 | 3 | 0 | 0 | 296 |

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 2005 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 |
|------------|--|--|--|
| 26-01-2005 | T-193/02 | Laurent Piau/Comisión Europea | Reglamento de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) sobre los agentes de jugadores - Decisión de una asociación de empresas - Arts. 49 CE, 81 CE y 82 CE - Denuncia - Inexistencia de interés comunitario - Destimulación. |
| 21-04-2005 | T-28/03 | Holcim (Deutschland) AG/Comisión Europea | Art. 85 del Tratado CE (actualmente art. 81 CE) - Ejecución de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia - Reembolso de los gastos de una garantía bancaria - Responsabilidad extracontractual de la Comunidad. |
| 15-06-2005 | T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03 | Tokai Carbon Co. Ltd, Intech EDM BV, Intech EDM AG, Intech EDM AG/Comisión Europea | Prácticas colusorias. Mercado de grafitos especiales. Fijación de precios. Imputabilidad. Cálculo de la cuantía de la multa. Acumulación de sanciones. Obligación de motivación. Derechos de defensa. Líneas directrices para el cálculo de las multas. Aplicabilidad. Gravedad y duración de la infracción. Circunstancias atenuantes. Circunstancias agravantes. Capacidad contributiva. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Modalidades de pago. |
| 18-07-2005 | T-241/01 | Scandinavian Airlines System AB/Comisión Europea | Acuerdo. Transporte aéreo. Reglamento (CEE) núm. 3975/87. Acuerdos notificados. Acuerdos que exceden el marco de la notificación. Reparto de mercados. Multa. Líneas directrices para el cálculo de las multas. Gravedad de la infracción. Comunicación sobre la no imposición de multas o la reducción de su cuantía. Circunstancias atenuantes. Competencia de plena jurisdicción. |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|----------------------|---|---|
| 27-07-2005 | T-49/02 a T-51/02 | Brasserie nationale SA, Brasserie Jules Simon et Cie SCS, Brasserie Battin SNC/Comisión Europea | Prácticas colusorias. Mercado luxemburgués de la cerveza. Multas. |
| 15-09-2005 | T-325/01 | DaimlerChrysler AG/Comisión Europea | Art. 81 CE. Prácticas colusorias. Contrato de agencia. Distribución de vehículos automóviles. Unidad económica. Medidas destinadas a obstaculizar el comercio paralelo de vehículos automóviles. Fijación de los precios. Reglamento (CE) núm. 1475/95. Multa. |
| 06-10-2005 | T-22/02 y T-23/02 | Sumitomo Chemical Co. Ltd, Sumika Fine Chemicals Co. Ltd/Comisión Europea | Prácticas colusorias en el sector de los productos vitamínicos. Decisión de la Comisión por la que se declaran finalizadas determinadas infracciones y no se imponen multas. Reglamento (CEE) núm. 2988/74. Prescripción de la facultad de la Comisión para imponer multas o sanciones. Principio de seguridad jurídica. Presunción de inocencia. Interés legítimo en declarar la existencia de infracciones. |
| 25-10-2005 | T-38/02 | Groupe Danone/Comisión Europea | Prácticas colusorias. Multas. Líneas directrices para el cálculo de las multas. Comunicación sobre la cooperación. |
| 29-11-2005 | T-64/02 | Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG/Comisión Europea | Art. 81 CE. Práctica colusoria. Mercado del fosfato de zinc. Multa. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Recurso de anulación. Excepción de ilegalidad. Art. 15.2 del Reglamento núm. 17. Gravedad de la infracción. Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato. Motivación. |
| 29-11-2005 | T-62/02 | Union Pigments AS/Comisión Europea | Art. 81 CE. Práctica colusoria. Mercado del fosfato de zinc. Multa. Art. 15.2 del Reglamento núm. 17. Gravedad y duración de la infracción. Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato. Recurso de anulación. |
| 29-11-2005 | T-52/02 | Société nouvelle des couleurs zinciques SA (SNCZ)/Comisión Europea | Art. 81 CE. Práctica colusoria. Mercado del fosfato de zinc. Multa. Art. 15.2 del Reglamento núm. 17. Gravedad y duración de la infracción. Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato. Recurso de anulación. |
| 29-11-2005 | T-33/02 | Union Pigments AS/Comisión Europea | Art. 81 CE. Práctica colusoria. Mercado del fosfato de zinc. Multa. Art. 15.2 del Reglamento núm. 17. Volumen de negocios pertinente. Recurso de anulación. |
| 6-12-2005 | T-48/02 | Brouwerij Haacht NV/Comisión Europea | Prácticas colusorias. Multas. Directrices para el cálculo de las multas. Capacidad efectiva del autor de la infracción para causar un perjuicio importante a los demás operadores. Circunstancias atenuantes. Comunicación sobre la cooperación. |
| 14-12-2005 | T-135/02 | Greencore Group PLC/Comisión Europea | Ejecución de una sentencia del Tribunal. Reducción de la multa impuesta a la demandante. Absentación y a continuación negativa de la Comisión a pagar intereses sobre la cuantía restituida. Recurso de anulación. Principio de seguridad jurídica. |

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia:

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|-------------------------------------|--|
| 26-01-2005 | T-193/02 | Desestimar el recurso. |
| 21-04-2005 | T-28/03 | <ol style="list-style-type: none"> 1) Declarar la inadmisibilidad del recurso en la medida en que se basa en el art. 233 CE. 2) Declarar la inadmisibilidad de la pretensión subsidiaria de que se considere que, en la medida en que se basa en el art. 233 CE, el recurso es un recurso de anulación o por omisión. 3) Declarar la inadmisibilidad de la pretensión de indemnización en lo que atañe a los gastos del aval bancario atendidos por la demandante antes del 31 de enero de 1998. 4) Declarar el recurso infundado en todo lo demás. |
| 15-06-2005 | T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03 | <ol style="list-style-type: none"> 1) En el asunto T-71/03, Tokai Carbon/Commission, desestimar el recurso. 2) En el asunto T-74/03, Intech EDM BV/Commission, desestimar el recurso. 3) En el asunto T-87/03, Intech EDM AG/Comisión: la cuantía de la multa impuesta a la recurrente por el art. 3 de la decisión COMP/E-2/37.667 queda fijada en 420.000 euros; el art. 3, h), de la decisión COMP/E-2/37.667 se modifica en la medida en que la responsabilidad conjunta y solidaria de Intech EDM AG queda limitada a la cuantía de 420.000 euros; el recurso es desestimado en todo lo demás. 4) En el asunto T-91/03, SGL Carbon/Commission: la cuantía de la multa impuesta a la recurrente por el art. 3 de la decisión COMP/E-2/37.667 queda fijada en 9.641.970 euros por la infracción cometida en el sector del grafito isoestático; el recurso es desestimado en todo lo demás. |
| 18-07-2005 | T-241/01 | Desestimar el recurso. |
| 27-07-2005 | T-49/02 a T-51/02 | Desestimar los recursos. |
| 15-09-2005 | T-325/01 | <ol style="list-style-type: none"> 1) Anular el art. 1 de la Decisión 2002/758/CE de la Comisión, de 10 de octubre de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE (asunto COMP/36.264 - Mercedes-Benz), salvo en la medida en que declara que la sociedad Daimler Chrysler AG y las sociedades Daimler-Benz AG y Mercedes-Benz AG, a las que aquélla sucedió, cometieron, por sí mismas o por mediación de su filial Mercedes-Benz Belgium SA, una infracción a las disposiciones del art. 81 CE, apartado 1, debido a su participación en acuerdos para limitar la concesión de descuentos en Bélgica, que fueron suscritos el 20 de abril de 1995 y anulados el 10 de junio de 1999. 2) Anular el art. 2, excepto su primera frase. 3) Anular el art. 3 de la Decisión 2002/758 en la medida en que fija el importe de la multa impuesta a la demandante en 71,825 millones de euros. 4) Fijar en 9,8 millones de euros el importe de la multa impuesta en el art. 3 de la Decisión 2002/758 por la infracción relativa a la fijación de los precios en Bélgica. 5) Desestimar el recurso en todo lo demás. |
| 06-10-2005 | T-22/02 y T-23/02 | Anular la Decisión 2003/2/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 CE y al art. 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/E-1/37.512 - Vitaminas), en la medida en que afecta a las demandantes. |
| 25-10-2005 | T-38/02 | <ol style="list-style-type: none"> 1) La cuantía de la multa impuesta a la demandante queda fijada en 42,4125 millones de euros. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás. |
| 29-11-2005 | T-64/02 | Desestimar el recurso. |
| 29-11-2005 | T-62/02 | Desestimar el recurso. |
| 29-11-2005 | T-52/02 | Desestimar el recurso. |
| 29-11-2005 | T-33/02 | Desestimar el recurso. |
| 06-12-2005 | T-48/02 | Desestimar el recurso. |
| 14-12-2005 | T-135/02 | Anular la decisión de 11 de febrero de 2002 en virtud de la cual la Comisión deniega la petición de la demandante tendente a que se abonen los intereses por demora a su filial Irish Sugar PLC sobre la cuantía principal que le ha sido reembolsada a ella en ejecución de la sentencia del Tribunal. |

También hay que reseñar la adopción de los siguientes autos adoptados en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas:

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|---------------|--|---|
| 09-03-2005 | T-201/04 | Microsoft Corp./Comisión Europea | Intervención. Interés en el resultado del caso. Petición de trato confidencial. |
| 10-03-2005 | T-184/01 | IMS Health, Inc./Comisión Europea | Recurso de anulación. Suspensión de la ejecución y posterior derogación, en el curso del proceso, de la Decisión impugnada. Sobreseimiento. |
| 28-04-2005 | T-201/04 | Microsoft Corp./Comisión Europea | Intervención. Asociación representativa. Art. 116, apartado 6, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Solicitud de participación en la fase escrita del procedimiento. Caso fortuito o de fuerza mayor. Circunstancias excepcionales. |
| 04-05-2005 | T-86/03 | Holcim (France) SA/Comisión Europea | Ejecución de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Anulación de una Decisión por la que se impone una multa a la demandante. Negativa de la Comisión a pagar intereses sobre el importe de la multa. Reparación del daño. |
| 17-10-2005 | T-28/02 | First Data Corp., FDR Ltd, First Data Merchant Services Corp./Comisión europea | Art. 81 TCE. Sistema de tarjetas de crédito VISA. Regla «no adquisición sin emisión». Certificación negativa. Regla suprimida durante el procedimiento. Interés en actuar. No ha lugar a resolver. |
| 22-11-2005 | T-104/04 | Degussa Initiators GmbH & Co. KG/Comisión europea | Desistimiento. |
| 28-11-2005 | T-201/04 R | Microsoft Corp./Comisión Europea | Procedimiento sobre medidas provisionales. Intervención. |

A continuación se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento:

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------|--|
| 09-03-2005 | T-201/04 | <ol style="list-style-type: none"> 1) Admitir la intervención de la Association for Competitive Technology, Inc. en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de Microsoft Corp. 2) Admitir la intervención de AudioBanner.com, que opera como VideoBanner, en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de la Comisión. 3) Admitir la intervención de DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd y Tandberg Television Ltd en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de Microsoft Corp. 4) Admitir la intervención de Exor AB en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de Microsoft Corp. 5) Admitir la intervención de Free Software Foundation Europe eV en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de la Comisión. 6) Admitir la intervención de Mamut ASA and TeamSystem SPA en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de Microsoft Corp. 7) Admitir la intervención de RealNetworks, Inc. en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de la Comisión. 8) Admitir la intervención de Software & Information Industry Association en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de la Comisión. 9) Admitir la intervención de The Computing Technology Industry Association, Inc. en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de Microsoft Corp. 10) El Secretario dará traslado a las partes coadyuvantes de la versión no confidencial de las actuaciones y escritos procesales. 11) Fijar un plazo a las partes coadyuvantes para que presenten sus eventuales observaciones sobre la solicitud de tratamiento confidencial y reservar la decisión sobre la procedencia de dicha solicitud. 12) Fijar un plazo a las partes coadyuvantes para que presenten su escrito de formalización de la intervención, sin perjuicio de que puedan completarlo posteriormente, en su caso, una vez adoptada la decisión sobre la procedencia de la solicitud de tratamiento confidencial. |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------|---|
| 10-03-2005 | T-184/01 | Sobreser el presente recurso. |
| 28-04-2005 | T-201/04 | 1) Admitir la intervención de European Committee for Interoperable Systems en el asunto T-201/04 en apoyo de las pretensiones de la Comisión. 2) European Committee for Interoperable Systems podrá presentar sus observaciones durante la fase oral, basándose en el informe para la vista que le será comunicado. |
| 04-05-2005 | T-86/03 | 1) Desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión. 2) Fijar un plazo para permitir a la Comisión que presente un escrito de contestación a la demanda. |
| 17-10-2005 | T-28/02 | Inadmisibilidad del recurso. |
| 22-11-2005 | T-104/04 | Archivar el recurso. |
| 28-11-2005 | T-201/04 R | 1) Admitir la intervención de Computer & Communications Industry Association en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandada. 2) Admitir la intervención de Software & Information Industry Association en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandada. 3) Admitir la intervención de The Computing Technology Industry Association Inc. en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandante. 4) Admitir la intervención de The Association for Competitive Technology en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandante. 5) Admitir la intervención de Novell Inc. en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandada. 6) Admitir la intervención de RealNetworks Inc. en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandada. 7) Admitir la intervención de TeamSystem SPA y Mamut ASA en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandante. 8) Desestimar la demanda de intervención presentada por Digimpro Ltd y por CODA Group Holdings Ltd en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandante. 9) Admitir la intervención de DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd y Tandberg Television Ltd en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandante. 10) Desestimar la demanda de intervención presentada por IDE Nätverkskonsulterna AB, por el Sr. T. Rogerson, por el Sr. P. Setka, por el Sr. D. Tomcic, por el Sr. M. Valasek, por el Sr. R. Rialdi y por el Sr. B. Nati en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandante. 11) Admitir la demanda de intervención presentada por Exor AB en el asunto T-201/04 R en apoyo de las pretensiones de la parte demandante. 12) El Secretario dará traslado a las partes coadyuvantes de la versión no confidencial de las actuaciones y escritos procesales. 13) Fijar un plazo a las partes coadyuvantes para que presenten sus eventuales observaciones sobre la solicitud de tratamiento confidencial y reservar la decisión sobre la procedencia de dicha solicitud. 14) Fijar un plazo a las partes coadyuvantes para que presenten su escrito de formalización de la intervención, sin perjuicio de que puedan completarlo posteriormente, en su caso, una vez adoptada la decisión sobre la procedencia de la solicitud de tratamiento confidencial. |

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TPI durante el año 2005 en aplicación de las normas de la competencia relativas a ayudas públicas. Se indica su fecha, su asunto, las partes intervinientes y la materia sobre la que versa. Estas sentencias pueden consultarse en la web del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>):

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|---------------------|---|---|
| 18-01-2005 | T-93/02 | Confédération nationale du Crédit Mutuel/Comisión Europea | Medidas adoptadas por la República Francesa en favor del Crédit Mutuel. Cuenta de ahorro Livret bleu. Decisión 2003/216/CE. Obligación de motivación. Recurso de anulación. |
| 14-04-2005 | T-88/01 | Sniace, S.A./Comisión Europea | Recurso de anulación. Admisibilidad. Acto que afecta individualmente a la demandante. |
| 14-04-2005 | T-141/03 | Sniace, S.A./Comisión Europea | Préstamo participativo. Interés en ejercitar la acción. Inadmisibilidad. |
| 11-05-2005 | T-111/01 y T-133/01 | Saxonia Edelmetalle GmbH y ZEMAG GMBH/Comisión Europea | Reestructuración. Ayudas abusivas. Recuperación de las ayudas. Art. 88.2 TCE. Reglamento (CE) núm. 659/1999. |
| 15-06-2005 | T-349/03 | Corsica Ferries France SAS/Comisión Europea | Recurso de anulación. Ayuda de reestructuración. Decisión por la que se declara la ayuda compatible con el mercado común. Directrices de la Comisión. Obligación de motivación. Respeto de los requisitos. Carácter mínimo de la ayuda. |
| 15-06-2005 | T-171/02 | Regione autonoma della Sardegna/Comisión Europea | Régimen de ayudas a la reestructuración de pequeñas empresas agrícolas. Ayudas que afectan a los intercambios entre Estados miembros y falsean o amenazan falsear la competencia. Directrices para las ayudas de Estado al salvamento y a la reestructuración de las empresas en crisis. Decisión condicional. Plazos aplicables al procedimiento de control de las ayudas de Estado. Protección de la confianza legítima. Motivación. Intervención. Pretensiones, motivos y alegaciones de la coadyuvante. |
| 15-06-2005 | T-17/02 | Fred Olsen, S.A./Comisión Europea | Transporte marítimo. Ayudas existentes. Ayudas nuevas. Servicio de interés económico general. |
| 19-10-2005 | T-324/00 | CDA Datenträger Albrechts GmbH/Comisión Europea | Aplicación abusiva de las ayudas. Riesgo de elusión de la orden de recuperación. Restitución de las ayudas por parte de sociedades que adquirieron activos de explotación del beneficiario inicial. |
| 19-10-2005 | T-318/00 | Freistaat Thüringen (Alemania)/Comisión Europea | Aplicación abusiva de las ayudas. Riesgo de elusión de la orden de recuperación. Restitución de las ayudas por parte de sociedades que adquirieron activos de explotación del beneficiario inicial. |
| 14-12-2005 | T-200/04 | Regione autonoma della Sardegna/Comisión Europea | Medidas de las autoridades italianas para compensar los daños causados por la fiebre de los ovinos (lengua azul). Líneas directrices relativas a las ayudas al sector agrícola. |

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------------|--|
| 18-01-2005 | T-93/02 | Anular la Decisión 2003/216/CE de la Comisión, de 15 de enero de 2002, relativa a la ayuda estatal concedida por la República Francesa en favor del banco Crédit Mutuel. |
| 14-04-2005 | T-88/01 | Declarar la inadmisibilidad del recurso. |
| 14-04-2005 | T-141/03 | Declarar la inadmisibilidad del recurso. |
| 11-05-2005 | T-111/01 y T-133/01 | 1) Anular el art. 3 de la Decisión 2001/673/CE de la Comisión, de 28 de marzo de 2001, relativa a las ayudas estatales concedidas por Alemania a EFBE Verwaltungs GmbH & Co. Management KG (en la actualidad, Lintra Beteiligungsholding GmbH, junto con las empresas Zeitzer Maschinen, Anlagen Geräte GmbH, LandTechnik Schlüter GmbH, ILKA MAFÄ Kältetechnik GmbH, SKL Motoren- und Systembautechnik GmbH, SKL Spezialapparatebau GmbH, Magdeburger |

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|------------------------|--|
| 11-05-2005 | T-111/01 y T-133/01 | Eisengießerei GmbH, Saxonia Edelmetalle GmbH y Gothaer Fahrzeugwerk GmbH), en la medida en que exige a la República Federal de Alemania que recupere el importe de 3.195.559 DEM, más los intereses correspondientes, de la sociedad Saxonia Edelmetalle GmbH y el importe total de ayudas de 6.496.271 DEM, más los intereses correspondientes, de la sociedad Zeitzer Maschinen, Anlagen Geräte (ZEMAG) GmbH. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás. |
| 15-06-2005 | T-349/03 | Anular la Decisión 2004/166/CE de la Comisión, de 9 de julio de 2003, relativa a la ayuda a la reestructuración que Francia tiene previsto ejecutar a favor de la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM). |
| 15-06-2005 | T-171/02 | Desestimar el recurso. |
| 15-06-2005 | T-17/02 | Desestimar el recurso. |
| 19-10-2005 | T-324/00 | 1) Anular el art. 2, apartado 3, de la Decisión 2000/796/CE de la Comisión, de 21 de junio de 2000, relativa a las ayudas estatales concedidas por Alemania a CDA Compact Disc Albrechts GmbH (Turingia). 2) No procede pronunciarse sobre el resto del recurso de anulación. |
| 19-10-2005 | T-318/00 | 1) Anular la Decisión 2000/796/CE de la Comisión, de 21 de junio de 2000, relativa a las ayudas estatales concedidas por Alemania a CDA Compact Disc Albrechts GmbH (Turingia), en la medida en que: — en su art. 1, apartado 1, incluye en las ayudas concedidas a r.E. Pilz GmbH & Co. Beteiligungs KG, Pilz & Robotron GmbH & Co. Beteiligungs KG y Pilz Albrechts GmbH para la construcción, explotación y consolidación de la planta de producción de discos compactos de Albrechts (Turingia) un importe de 54,7 millones de DEM correspondiente al aval del Land de Baviera, un importe de 3 millones de DEM correspondiente a la renuncia a un derecho de crédito, así como un importe de 63,45 millones de DEM y un importe de 19,42 millones de DEM correspondientes a las subvenciones y primas a la inversión otorgadas por el Land de Turingia y el Land de Baviera; — en su art. 1, apartado 2, incluye en la ayuda concedida para la reestructuración de CDA Compact Disc Albrechts GmbH un importe de 33 millones de DEM correspondiente a la adquisición del capital social de PA/CD Albrechts y un importe de 21,3 millones de DEM correspondiente a bonificaciones de intereses; — en su art. 1, apartado 2, declara que el precio de compra de 3 millones de DEM y el crédito de 15 millones de DEM otorgado por LFA constituyen una ayuda «concedida para la reestructuración de CDA Compact Disc Albrechts GmbH»; — en su art. 2, ordena que se reclame la restitución de las ayudas descritas en el art. 1 a las empresas CDA Datenträger Albrechts GmbH y LCA Logistik Center Albrechts GmbH, así como a todas aquellas otras empresas a las que se hayan transferido o se vayan a transferir bienes o infraestructura de r.E. Pilz GmbH & Co. Beteiligungs KG, Pilz & Robotron GmbH & Co. Beteiligungs KG o Pilz Albrechts GmbH en condiciones que permitan eludir las consecuencias de dicha Decisión. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás. |
| 14-12-2005 | T-200/04 | Desestimar el recurso. |

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 |
|------------|----------|---|---------------------------------|
| 04-03-2005 | T-289/03 | British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd/ Comisión Europea | Intervención. Confidencialidad. |
| 10-03-2005 | T-265/00 | Comitato «Venizia vuole vivere»/Comisión Europea | Desistimiento. |

| Fecha | Asunto | Partes | Materia |
|------------|--|---|---|
| 10-03-2005 | T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 a T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 a T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 a T-276/00, T-281/00, T-287/00 y T-296/00 | Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia Soc. coop. RI y otros/ Comisión Europea | Decisión de la Comisión por la que se declara la incompatibilidad con el mercado común de unos regímenes de ayudas ilegales y se ordena la recuperación de las ayudas incompatibles. Exclusión del procedimiento nacional de recuperación. Recurso de anulación. Inexistencia de interés en ejercitar la acción. Inadmisibilidad. |
| 19-09-2005 | T-321/04 | Air Bourbon SAS/Comisión Europea | Decisión de no presentar objeciones. Recurso de anulación. Plazo para recurrir. Publicación de una comunicación sucinta. Inadmisibilidad. |
| 20-09-2005 | T-258/99 | Makro Cash & Carry Nederland bv/Comisión Europea | Comunicación de la Comisión sobre las ayudas <i>de minimis</i> . Estaciones de servicio. Riesgo de acumulación de las ayudas. Ayudas amparadas por la Comunicación. Interés en ejercitar la acción. |
| 16-11-2005 | T-343/03 | Deutsche Post AG y Securicor Omega Express Ltd/Comisión Europea | Art. 88.3 TCE. Recurso de anulación. |
| 21-11-2005 | T-426/04 | Tramarin Snc di Tramarin Andrea e Sergio/Comisión Europea | Recurso de anulación. Admisibilidad. Invitación de la Comisión para modificar el proyecto de ayuda notificado. Acto susceptible de recurso. Acto que produce efectos jurídicos. Plazo para recurrir. Inicio del plazo. Publicación sucinta en el Diario Oficial. <i>Web</i> . |

A continuación se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento:

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|---|--|
| 04-03-2005 | T-289/03 | 1) No procede pronunciarse sobre el fundamento de las peticiones de trato confidencial de las demandantes de 22 de enero de 2004 y de 3 de febrero de 2004 con respecto al Reino de los Países Bajos y al Voluntary Health Insurance Board. 2) Desestimar la petición de trato confidencial de las demandantes con respecto a Irlanda. 3) Notificar a Irlanda una versión completa de los documentos del procedimiento, como la comunicada por las demandantes al Tribunal de Primera Instancia. 4) Fijar un plazo a las partes coadyuvantes para presentar un escrito de intervención. |
| 10-03-2005 | T-265/00 | Archivar el recurso. |
| 10-03-2005 | T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 a T-248/00, | 1) Acumular los asuntos T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 a T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 a T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 a T-276/00, T-281/00, T-287/00 y T-296/00 a los fines de la continuación del procedimiento. 2) Declarar la inadmisibilidad de los recursos interpuestos en los asuntos T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 a T-248/00, T-250/00, T-252/00, |

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|---|--|
| 10-03-2005 | T-250/00, T-252/00, T-256/00 a T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 a T-276/00, T-281/00, T-287/00 y T-296/00 | T-256/00 a T-259/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-275/00, T-276/00, T-281/00, T-287/00 y T-296/00. 3) Declarar la inadmisibilidad parcial de los recursos interpuestos en los asuntos T-265/00 y T-274/00, en la medida en que fueron presentados, respectivamente, por la Cooperativa traghetto S. Lucia Soc. coop. rl (asunto T-265/00) y Verde sport SPA (asunto T-274/00). |
| 19-09-2005 | T-321/04 | Declarar la inadmisibilidad del recurso. |
| 20-09-2005 | T-258/99 | Declarar la inadmisibilidad del recurso. |
| 16-11-2005 | T-343/03 | Declarar la inadmisibilidad del recurso. |
| 21-11-2005 | T-426/04 | Declarar la inadmisibilidad del recurso. |

3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relaciona a continuación las sentencias dictadas por el TPI durante el año 2005 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 versan. Estas sentencias pueden consultarse en la web del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>):

| Fecha | Asunto | Partes | Materia |
|------------|----------|---|--|
| 21-09-2005 | T-87/05 | EDP - Energías de Portugal, s.a./ Comisión Europea | Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. Mercados portugueses de la electricidad y del gas. Adquisición de GDP por parte de EDP y Eni. Directiva 2003/55/CE. Liberalización de los mercados del gas. Compromisos. |
| 14-12-2005 | T-210/01 | General Electric Company/ Comisión Europea | Decisión de la Comisión que declara una concentración incompatible con el mercado común. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Mercados aeronáuticos. Adquisición de Honeywell por General Electric. Integración vertical. Ventas conjuntas. Efectos de exclusión. Solapamientos horizontales. Derechos de defensa. |
| 14-12-2005 | T-209/01 | Honeywell International Inc./ Comisión Europea | Recurso de anulación. Competencia. Decisión de la Comisión por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Ineficacia de la crítica parcial de la Decisión. Mercados aeronáuticos. Recurso que no puede dar como resultado la anulación de la Decisión. |

A continuación se relaciona las anteriores sentencias con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia:

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|----------|------------------------|
| 21-09-2005 | T-87/05 | Desestimar el recurso. |
| 14-12-2005 | T-210/01 | Desestimar el recurso. |
| 14-12-2005 | T-209/01 | Desestimar el recurso. |

También hay que reseñar la adopción del siguiente auto adoptado en aplicación de las normas relativas a concentraciones:

| Fecha | Asunto | Partes | Materia |
|------------|----------|---|---|
| 25-05-2005 | T-443/03 | Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A. (Retecal), Euskaltel, S.A., Telecable de Asturias, S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., Tenaria, S.A./Comisión Europea | Denuncia relativa a un supuesto incumplimiento de las autoridades españolas. Decisión de archivar la denuncia. Inadmisibilidad. |

A continuación se relaciona el anterior auto con indicación de su pronunciamiento:

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|----------|--|
| 25-05-2005 | T-443/03 | Declarar la inadmisibilidad del recurso. |

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 2005 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 el web del TJCE (<http://curia.eu.int/es/transitpage.htm>):

| Fecha | Asunto | Partes | Materia |
|------------|---|--|---|
| 31-05-2005 | C-53/03 | Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Synfait) y otros; Panellinios syllogos farmakapothikarion, Interfarm – A. Agelakos & Sia OE y otros; K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proionton y otros, por una parte, y GlaxoSmithKline plc, GlaxoSmithKline AEVE, anteriormente Glaxowellcome AEVE. | Admisibilidad del recurso prejudicial. Concepto de órgano jurisdiccional nacional. Abuso de posición dominante. Negativa a suministrar a los comerciantes mayoristas productos farmacéuticos. Comercio paralelo. |
| 28-06-2005 | C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P y C-213/02P | Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH, ABB Asea Brown Boveri Ltd/Comisión Europea. | Recurso de casación. Tubos de calefacción urbana (tubos preaislados). Art. 81.1 TCE. Práctica colusoria. Boicot. Multas. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Irretroactividad. Confianza legítima. Legalidad. Comunicación sobre la cooperación. Obligación de motivación. |
| 14-07-2005 | C-65/02P y C-73/02P | ThyssenKrupp Stainless GmbH y ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SPA/Comisión Europea. | Recursos de casación. Tratado CECA. Prácticas colusorias. Extra de aleación. Reducción del importe de la multa. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Imputabilidad de la infracción. Derecho de defensa. |

| Fecha | Asunto | Partes | Materia |
|------------|----------|---|---|
| 14-07-2005 | C-57/02P | Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables, S. A. (Acerinox)/Comisión Europea. | Recurso de casación. Tratado CECA. Prácticas colusorias. Extra de aleación. Paralelismo de comportamientos. Reducción del importe de la multa. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Derecho de defensa. |

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento:

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|---|---|
| 31-05-2005 | C-53/03 | El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es competente para responder a las cuestiones planteadas por el Epitepi Antagonismou (Comisión de Defensa de la Competencia griega), mediante resolución de 22 de enero de 2003. Este órgano no tiene carácter jurisdiccional. |
| 28-06-2005 | C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P y C-213/02P | 1) Acumular a efectos de la sentencia los asuntos C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P a C-208/02P y C-213/02P. 2) Desestimar los recursos de casación. |
| 14-07-2005 | C-65/02P y C-73/02P | Desestimar los recursos de casación y la adhesión a la casación. |
| 14-07-2005 | C-57/02P | 1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 2001, Acerinox/Comisión (T-48/98), en la medida en que desestima el motivo formulado por Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables, S.A. (Acerinox), y basado en la falta de motivación respecto a la supuesta participación de ésta en una práctica colusoria en el mercado español. 2) Desestimar el recurso de casación en todo lo demás. 3) Desestimar el recurso de anulación de Compañía española para la fabricación de aceros inoxidables, S.A. (Acerinox), en la medida en que se basa en el motivo basado en un error cometido por la Comisión de las Comunidades Europeas al atribuir valor probatorio al fax remitido el 14 de enero de 1994 por Avesta Sheffield AB a sus filiales. |

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 |
|------------|-----------------------|--|--|
| 17-02-2005 | C-250/03 | Giorgio Emanuele Mauri/Ministero della Giustizia, Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano. | Art. 104.3 del Reglamento de Procedimiento. Acceso a la profesión de abogado. Normativa relativa al examen que permite obtener la habilitación para el ejercicio de la profesión de abogado. |
| 15-03-2005 | C-403/04P y C-405/04P | Sumitomo Metal Industries Ltd, y Nippon Steel Corp./Comisión Europea. | Acumulación. |
| 15-09-2005 | C-112/04P | Marlines S.A./Comisión Europea | Recurso. Art. 81.1 TCE. Acuerdos entre empresas. Prueba de la participación de una empresa reuniones de empresas que tienen un objeto contrario a la competencia. |
| 17-11-2005 | C-121/04P | Minoikes Grammes ANE (Minoan Lines, S.A.)/Comisión Europea | Recurso. Art. 81.1 TCE. Acuerdos entre empresas. Prueba de la participación de una empresa reuniones de empresas que tienen un objeto contrario a la competencia. |

A continuación se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento:

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|-----------------------|---|
| 17-02-2005 | C-250/03 | Los arts. 81 TCE, 82 TCE y 43 TCE no se oponen a una norma, como la prevista en el art. 22 del Real Decreto Legislativo núm. 1578/1933, de 27 de noviembre, en la versión aplicable en el momento de los hechos del litigio principal, que prevé que en el marco del examen al que está supeditado el acceso a la profesión de abogado el tribunal se componga de cinco miembros nombrados por el Ministro de Justicia, de los que dos son magistrados, uno profesor de Derecho y dos abogados, estos últimos designados por el Consiglio nazionale forense (Consejo Nacional de la Abogacía) a propuesta conjunta de los Consejos de los Colegios de la demarcación de que se trate. |
| 15-03-2005 | C-403/04P y C-405/04P | Acumular a efectos del procedimiento oral y de la sentencia los asuntos C-403/04P y C-405/04P. |
| 15-09-2005 | C-112/04P | Desestimación. |
| 17-11-2005 | C-121/04P | Desestimación del recurso principal y del recurso incidental interpuesto por la Comisión. |

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relaciona a continuación la sentencia dictada por el TJCE durante el año 2005 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 |
|------------|----------|---|--|
| 13-01-2005 | C-175/02 | F.J. Pape/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij | Art. 88.3 CE. Proyecto de ayuda. Prohibición de ejecución de las medidas proyectadas antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva. Exacción parcialmente destinada a financiar la medida de ayuda. Exacción establecida antes de que se aplique la ayuda. |
| 13-01-2005 | C-174/02 | Streekgewest Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën | Art. 88.3 CE. Proyecto de ayuda. Prohibición de ejecutar las medidas proyectadas antes de la decisión definitiva de la Comisión. Alcance de la prohibición si la ayuda consiste en la exención de una tasa. Determinación de las personas que pueden invocar una posible infracción. |
| 03-03-2005 | C-172/03 | Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck | IVA. Exención de la asistencia a personas físicas realizada en el ejercicio de profesiones médicas. Regularización de las deducciones. |
| 14-04-2005 | C-110/03 | Bélgica/Comisión Europea (apoyada por el Reino Unido) | Recurso de anulación. Reglamento (CE) núm. 2204/2002. Ayudas de Estado horizontales. Ayudas al empleo. Seguridad jurídica. Subsidiaridad. Proporcionalidad. Coherencia de las acciones comunitarias. No discriminación. Reglamento (CE) núm. 994/98. Excepción de ilegalidad. |
| 10-05-2005 | C-400/99 | Italia/Comisión Europea | Recurso de anulación. Medidas en favor de empresas de transporte marítimo. Contratos de servicio público. Inexistencia de ayuda, ayuda existente o ayuda nueva. Incoación del procedimiento previsto en el art. 88.2 CE. Obligación de suspensión. |

| Fecha | Asunto | Partes | Materia |
|------------|---|--|---|
| 12-05-2005 | C-415/03 | Comisión Europea/Grecia | Obligación de recuperación. Imposibilidad absoluta de ejecución. Inexistencia. |
| 21-07-2005 | C-71/04 | Administración del Estado/Xunta de Galicia | Art. 88.3 CE. Régimen de ayudas a la construcción y transformación navales no incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/684/CEE. Falta de notificación previa. Art. 87.1 CE. Concepto de ayuda de Estado. Incidencia sobre los intercambios entre Estados miembros. |
| 06-10-2005 | C-276/03P | Scott, S.A./Comisión Europea | Recurso de casación. Ayuda de Estado ilegal. Ambito de aplicación temporal del Reglamento (CE) núm. 659/1999. Decisión de incompatibilidad y de recuperación de la ayuda. Plazo de prescripción. Interrupción. Obligación de informar al beneficiario de la ayuda de una acción que interrumpe la prescripción. |
| 27-10-2005 | C-266/04 a C-270/04, C-276/04 y C-321/04 a C-325/04 | Distribution Casino France SAS, Jaceli, S.A., Komogo, S.A., Tout pour la maison SARL, Distribution Casino France SAS, Bricorama France SAS, Distribution Casino France 3 SAS, Société Casino France, Dechrist Holding, S.A./caja Organic | Concepto de ayuda. Impuesto que grava la superficie de ventas. Vínculo obligatorio entre el impuesto y el destino de la recaudación. |
| 13-12-2005 | C-78/03P | Comisión Europea/Alemania | Recurso de casación. Ayudas otorgadas por las autoridades alemanas para la adquisición de tierras. Programa para la privatización de tierras y la reestructuración de la agricultura en los nuevos Länder. |
| 15-12-2005 | C-66/02 | España/Comisión Europea | Recurso de anulación. Decisión 2002/581/CE. Ventajas fiscales concedidas a los bancos. Motivación de la Decisión. Calificación de ayuda de Estado. Requisitos. Compatibilidad con el mercado común. Requisitos. Proyecto importante de interés común europeo. Desarrollo de determinadas actividades. |
| 15-12-2005 | C-148/04 | Unicredito Italiano SPA/Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1, | Decisión 2002/581/CE. Ventajas fiscales concedidas a los bancos. Motivación de la Decisión. Calificación de ayuda de Estado. Requisitos. Compatibilidad con el mercado común. Requisitos. Art. 87 CE, apartado 3, letras b) y c). Proyecto importante de interés común europeo. Desarrollo de determinadas actividades. Ventajas fiscales anteriormente concedidas. Recuperación de la ayuda. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de seguridad jurídica. Principio de proporcionalidad. |

En el cuadro siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales):

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|----------|---|
| 13-01-2005 | C-175/02 | La prohibición de ejecución establecida en el art. 88.3 CE, última frase, no puede aplicarse a una exacción salvo en el caso de que ésta, o una parte específica de su recaudación, esté obligatoriamente destinada a la financiación de una ayuda. |

| Fecha | Asunto | Pronunciamiento |
|------------|---|--|
| 13-01-2005 | C-174/02 | <p>1) El art. 88.3 CE, última frase, debe interpretarse en el sentido de que puede ser invocado por un justiciable sujeto a una tasa que forme parte de una medida de ayuda y que sea percibida vulnerando la prohibición de ejecución prevista en esta disposición, independientemente de la cuestión de si este justiciable resulta afectado por la distorsión de la competencia derivada de la medida de ayuda.</p> <p>2) El art. 88.3 CE, última frase, del Tratado debe interpretarse en el sentido de que la prohibición que establece sólo se aplica a una tasa si existe una relación vinculante entre el destino de la recaudación de esta tasa y la medida de ayuda en cuestión. El hecho de que la ayuda se conceda en forma de exención de la tasa o que la pérdida de ingresos derivada de esta exención sea, por necesidades de estimación del presupuesto del Estado miembro de que se trate, compensada por un aumento de la tasa no bastan por sí mismos para crear dicha relación.</p> |
| 03-03-2005 | C-172/03 | <p>El art. 87 CE ha de interpretarse en el sentido de que debe calificarse de ayuda de Estado una norma como la que establece el art. XIV, apartado 3, de la Ley federal 21/1995, en la versión modificada por la Ley federal 756/1996, es decir, una norma en virtud de la cual el hecho de que los médicos pasen de un régimen de operaciones sujetas al impuesto sobre el valor añadido a un régimen de operaciones exentas no da lugar a la reducción de las deducciones ya efectuadas en relación con los bienes que continúan utilizándose en las empresas, reducción que viene impuesta por el art. 20 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme.</p> |
| 14-04-2005 | C-110/03 | <p>Desestimar el recurso.</p> |
| 10-05-2005 | C-400/99 | <p>1) Anular la Decisión de la Comisión, notificada a las autoridades italianas mediante escrito SG (99) D/6463, de 6 de agosto de 1999, de incoar el procedimiento previsto en el art. 88 CE, apartado 2, en relación con la ayuda de Estado C-64/99 (ex NN 68/99) en la medida en que implicaba, hasta la notificación a las autoridades italianas de la Decisión de concluir el procedimiento relativo a la empresa afectada [Decisión de la Comisión C (2001) 1684, de 21 de junio de 2001, o Decisión de la Comisión C (2004) 470 fin. de 16 de marzo de 2004], la suspensión del régimen fiscal aplicado al abastecimiento de combustible y lubricante a los buques del Gruppo Tirrenia di Navigazione.</p> <p>2) Desestimar el recurso en todo lo demás.</p> |
| 12-05-2005 | C-415/03 | <p>Declarar que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 3 de la Decisión 2003/372/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a la ayuda concedida por el Estado griego a la compañía Olympic Airways, al no haber adoptado en el plazo establecido todas las medidas necesarias para conseguir la devolución de las ayudas consideradas ilegales e incompatibles con el mercado común –a excepción de las referidas a las cotizaciones al organismo nacional de la seguridad social–, de conformidad con el citado art. 3.</p> |
| 21-07-2005 | C-71/04 | <p>Un régimen de ayudas a la construcción y transformación naval como el establecido por el Decreto núm. 217/1994, de 23 de junio, que no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/684/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1990, sobre ayudas a la construcción naval, debe notificarse previamente a la Comisión de las Comunidades Europeas, con arreglo al art. 88.3 CE, cuando conste que dicho régimen puede por sí solo generar la concesión de ayudas de Estado en el sentido del art. 87.1 CE. En caso de incumplimiento de aquella disposición, incumbe al órgano jurisdiccional nacional deducir de ello todas las consecuencias, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que implican la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición.</p> |
| 06-10-2005 | C-276/03 P | <p>Desestimar el recurso de casación.</p> |
| 27-10-2005 | C-266/04 a C-270/04, C-276/04 y C-321/04 a C-325/04 | <p>Los arts. 87.1 CE y 88.3 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la exacción de un tributo como el impuesto francés de ayuda al comercio y a la artesanía.</p> |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------|---|
| 13-12-2005 | C-78/03P | 1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 5 de diciembre de 2002, Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum/Comisión (T-114/00). 2) Declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto por Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum eV ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas con objeto de que se anulase la Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 de autorización de las ayudas estatales en el marco de las disposiciones de los arts. 87 y 88 CE. |
| 15-12-2005 | C-66/02 | Desestimar el recurso. |
| 15-12-2005 | C-148/04 | 1) El examen de las cuestiones planteadas no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de la Decisión 2002/581/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por Italia en favor de los bancos. 2) Los arts. 87 CE y siguientes, el art. 14 del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93 del Tratado CE, y los principios de protección de la confianza legítima, de seguridad jurídica y de proporcionalidad no pueden oponerse a una medida nacional que ordena la recuperación de una ayuda para dar cumplimiento a una decisión de la Comisión que calificó dicha ayuda como incompatible con el mercado común, cuando el análisis de esta última a la luz de estos mismos preceptos y principios generales no haya revelado ningún elemento que pueda afectar a su validez. |

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> |
|--------------|---------------------|--|---|
| 15-03-2005 | C-553/03P | Panhellenic Union of Cotton Ginners and Exporters/Comisión Europea | Recurso de anulación. Art. 119 del reglamento de procedimiento. |
| 04-04-2005 | C-504/03 | Comisión Europea/Francia | Desistimiento. |
| 28-04-2005 | C-182/03 y C-217/03 | Bélgica y Forum 187 Asbl/Comisión Europea | Acumulación. |
| 29-04-2005 | C-404/04P-R | Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Comisión Europea | Procedimiento sobre medidas provisionales. Suspensión de la ejecución y medidas provisionales acordadas por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia. Desestimación del recurso en cuanto al fondo por el Tribunal de Primera Instancia. Recurso de casación. Nueva demanda de suspensión de la ejecución y de medidas provisionales en el marco del recurso de casación. Criterios. |
| 09-06-2005 | C-88/03 | Portugal/Comisión Europea | Intervención. |
| 27-06-2005 | C-337/04 | Comisión Europea/Francia | Desistimiento. |

A continuación se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento:

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------------|------------------------|
| 15-03-2005 | C-553/03P | Desestimar el recurso. |
| 04-04-2005 | C-504/03 | Archivar del recurso. |
| 28-04-2005 | C-182/03 y C-217/03 | Acumular los asuntos. |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------|--|
| 29-04-2005 | C-404/04P-R | Desestimar la demanda de medidas provisionales. |
| 09-06-2005 | C-88/03 | Admitir la intervención de España en el procedimiento. |
| 27-06-2005 | C-337/04 | Archivar el recurso. |

3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relaciona a continuación la sentencia dictada por el TJCE durante el año 2005 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> |
|--------------|---------------|----------------------------------|---|
| 15-02-2005 | C-12/03P | Comisión Europea/Tretra Laval BV | Recurso de casación. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara incompatible con el mercado común una concentración de tipo «conglomerado». Apalancamiento. Alcance del control judicial. Elementos que deben tomarse en consideración. Compromisos de comportamiento. |
| 15-02-2005 | C-13/03P | Comisión Europea/Tretra Laval BV | Recurso de casación. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Sentencia por la que se declara la ilegalidad de una decisión que ordena la separación de empresas como consecuencia de la ilegalidad de una decisión anterior que declaraba la incompatibilidad de una concentración con el mercado común. |

A continuación se relaciona la anterior sentencia con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------|------------------------------------|
| 15-02-2005 | C-12/03P | Desestimar el recurso de casación. |
| 15-02-2005 | C-13/03P | Sobreseer el recurso de casación. |

4. NORMAS RELATIVAS A LA LIBERALIZACIÓN

Se relaciona a continuación las sentencias dictada por el TJCE durante el año 2005 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>).

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|---------------|--|--|
| 22-02-2005 | C-141/02P | Comisión Europea y Francia/T-Mobile Austria GmbH | Recurso de casación. Art. 86.3 CE. Importe de los cánones impuestos por la República de Austria a los operadores GSM. Desestimación parcial de la denuncia. Admisibilidad. |

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|---------------|-----------------------------|--|
| 14-04-2005 | C-299/04 | Comisión Europea/Grecia | Incumplimiento de Estado. Directiva 2002/77/CE. Mercado de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. |
| 16-06-2005 | C-349/04 | Comisión Europea/Luxemburgo | Incumplimiento de Estado. Directiva 2002/77/CE. Mercado de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. |
| 20-10-2005 | C-334/03 | Comisión Europea/Portugal | Incumplimiento de Estado. Directiva 90/388/CEE. Telecomunicaciones. Art. 4 quinquies. Servidumbres de paso. Inexistencia de garantía del carácter no discriminatorio de la concesión de las servidumbres de paso. No adaptación del Derecho interno. |

A continuación se relaciona las anteriores sentencias con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Justicia:

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------|--|
| 22-02-2005 | C-141/02P | 1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 30 de enero de 2002, Max.Mobil/Comisión (T-54/99). 2) Desestimar el recurso interpuesto por la sociedad Max.Mobil Telekommunikation Service GmbH ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. |
| 14-04-2005 | C-299/04 | Declarar que Grecia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas. |
| 16-06-2005 | C-349/04 | Declarar que Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas, al no haber comunicado a la Comisión todas las informaciones necesarias para confirmar la adopción de las medidas de transposición. |
| 20-10-2005 | C-334/03 | Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben, al no haber adaptado su Derecho interno al art. 4 quinquies 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. |

También hay que reseñar la adopción del siguiente auto adoptado en aplicación de las normas relativas a la liberalización:

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Partes</i> | <i>Materia</i> |
|--------------|---------------|---------------------------|----------------|
| 10-01-2005 | C-262/04 | Comisión Europea/Alemania | Archivo |

A continuación se relaciona el anterior auto con indicación de su pronunciamiento:

| <i>Fecha</i> | <i>Asunto</i> | <i>Pronunciamiento</i> |
|--------------|---------------|------------------------|
| 10-01-2005 | C-262/04 | Archivar el asunto. |

ESPAÑA

LEGISLACIÓN ESTATA

CUARTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

Con este Acuerdo, el Ministerio de Hacienda y Hacienda tiene un proceso de revisión del marco normativo de actividades de la competencia en España que ha de permitir trabajar con una nueva Ley de Competencia de la Comisión de actividades económicas, actividades económicas, actividades económicas y jurídicas.

— Ley 26/2007 de 14 de noviembre, de Hacienda para el Impuesto de Productividad con una Ley de 10 de noviembre de 2007.

Se trata de un proceso de revisión del marco normativo de actividades de la competencia en España que ha de permitir trabajar con una nueva Ley de Competencia de la Comisión de actividades económicas, actividades económicas y jurídicas.

— Ley 1/2007 de 14 de octubre, que regula el régimen del comercio de detalla de mercancías de producción de mercancías con una Ley de 10 de octubre de 2007.

El art. 1.1.1 de esta Ley dispone que el art. 1.1.1 de esta Ley se ha de aplicar a los productos de producción de mercancías de producción de mercancías con una Ley de 10 de octubre de 2007.

— Ley 10/2005 de 18 de mayo, de la Ley de Hacienda para el Impuesto de la Televisión Digital. Trámites de Hacienda para el Impuesto de la Televisión Digital y de Hacienda para el Impuesto de la Televisión Digital de 2005.

— Medidas para la reforma del Impuesto de la Televisión Digital de 2005.

ESPAÑA

1. LEGISLACIÓN ESTATAL

— Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, Ministerio de Economía y Hacienda, 20 de enero de 2005 (<http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/LibroBlanco%20ReformaDefCompetencia.pdf>).

Con este documento el Ministerio de Economía y Hacienda abre un proceso de revisión del marco normativo de la defensa de la competencia en España, que he de permitir concluir con una nueva Ley de Defensa de la Competencia e introducir cambios normativos sustanciales en el ámbito regulatorio y jurisdiccional.

— Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso a la Productividad (*BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2005).

Norma que establece medidas para favorecer la efectiva transición desde la tecnología analógica a la digital terrestre, ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de acceder a un mayor número de programas y de servicios, con mayor calidad, y garantizar la debida pluralidad de la oferta en España.

— Ley 1/2005, de 9 de marzo, que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases con efecto invernadero (*BOE* núm. 59, de 10 de marzo de 2005).

El art. 12.1 de esta Ley dispone que el SDC emita informe en los procedimientos de agrupación de instalaciones autorizadas para la emisión de gases de efecto invernadero. Se indica a continuación que este informe se entenderá sin perjuicio de las actuaciones que procedan en aplicación de la LDC.

— Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo (*BOE* núm. 142, de 15 de junio de 2005).

Mediante esta Ley se regulan una serie de materias cuyo contenido esencial lo constituyen las reformas de carácter liberalizador en los mer-

cados de bienes y servicios que persiguen, a través del impulso a la competencia efectiva, estimular el aumento de la productividad y, por esta vía, contribuir a corregir las carencias ya señaladas en el modelo de crecimiento económico.

2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

— Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat (*DO Generalitat Valenciana*, núm. 5166, de 30 de diciembre de 2005).

Esta Ley dispone, entre otras cuestiones, la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana como entidad autónoma de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia y adscrito a la Conselleria d'Economia. Estará compuesto de tres a cuatro miembros.

— Ley 2/2005, de 24 de junio, de Creación del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura (*DO Extremadura*, núm. 78, 7 de julio de 2005).

Se establece que la instrucción corresponderá a uno de los Servicios de la Consejería de Economía. Para la resolución se crea el Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura, órgano colegial adscrito a la Consejería de Economía. El Jurado está integrado por tres miembros.

— Decreto 218/2005, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del jurado de defensa de la competencia de Extremadura (*DO Extremadura*, núm. 115, 4 de octubre de 2005; corrección de errores en *DO Extremadura*, núm. 119, 13 de octubre de 2005).

— Decreto 81/2005, de 12 de abril, por el que se crea el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi (*BO País Vasco*, núm. 84, 6 de mayo de 2005).

Las funciones de instrucción se atribuyen a la Dirección General de Economía y Planificación del Departamento de Hacienda y Administración Pública y la resolución al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, organismo autónomo vinculado a este mismo Departamento. El Tribunal está compuesto de tres miembros.

— Ley 3/2005, de 14 de marzo, de Ordenación de la Actividad Comercial y las Actividades FERIALES en la Comunidad Autónoma de La Rioja, Parlamento de La Rioja (*BO La Rioja*, núm. 40, de 22 de marzo de 2005).

La Disposición adicional primera de esta norma autoriza al Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja para que pueda celebrar conve-

nios con el SDC y el TDC para la resolución de los procedimientos que tengan por objeto conductas que sean competencia de la Comunidad Autónoma y para la instrucción y resolución de conductas que sean competencia tanto del Estado como de esta última.

— Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, Asamblea de Madrid (*BO Comunidad de Madrid*, núm. 311, de 30 de diciembre de 2005).

Ley que modifica la naturaleza del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid. La Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de creación de este Tribunal, lo configuró como organismo autónomo de carácter administrativo. Con esta Ley, el Tribunal adquiere la naturaleza de organismo regulador adscrito a la Consejería de Economía.

— Decreto 58/2005, de 30 de junio, por el que se establecen determinadas previsiones en relación con la Ley 6/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (*BO Comunidad de Madrid*, núm. 160, 7 de julio de 2005).

— Orden de 29 de junio de 2005 por la que se crea el Registro del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, organismo autónomo adscrito a la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica (*BO Comunidad de Madrid*, núm. 167, 15 de julio de 2005).

— Acuerdo de 28 de octubre de 2005, del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, por el que se hace pública la delegación de competencias realizada por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid en el secretario general de este Tribunal (*BO Comunidad de Madrid*, núm. 280, 24 de noviembre de 2005).

— Decreto 20/2005, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia (*DO Galicia*, núm. 32, 16 de febrero de 2005).

I. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

A. DIVERGENTES JURISDICCIONES

— Libro Verde sobre aspectos de política y competencia por el comportamiento de las mismas compañías, de defensa de la competencia y de (2005) 672 final, de 18 de diciembre de 2005. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_green_book.pdf

— La Comisión Europea ha iniciado un proceso de consulta pública sobre los aspectos de competencia de Galicia en materia de la infracción de las normas sobre

UNIÓN EUROPEA

— xxxv Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la política de competencia (2005), aprobado por la Comisión el 15 de junio de 2006 [SEC (2006) 761 final].

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 (http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2005/en.pdf).

— Comunicación de la Comisión relativa 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 325, de 22 de diciembre de 2005, p. 7).

La Comisión revisa las normas que regulan el acceso a sus expedientes por las partes interesadas en el ámbito de las prácticas antocompetenciales y de las concentraciones, con el fin de mejorar la transparencia de los procedimientos y de garantizar el derecho a ser oído y los derechos de defensa. La revisión realizada tiene en cuenta el contenido de los nuevos reglamentos comunitarios. Clarifica el derecho y la amplitud del derecho de acceso y refuerza la eficacia procesal del acceso electrónico al expediente.

1. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

A. DISPOSICIONES GENERALES

Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [COM (2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005 (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/index_en.html)].

La Comisión inicia un proceso de consulta pública sobre las acciones de resarcimiento de daños por causa de la infracción de las normas sobre

prácticas colusorias y abusos de posición de dominio (arts. 81 y 82 del Tratado CE). Este documento aborda las principales cuestiones ligadas a estas acciones civiles, destacando los obstáculos más frecuentes. Para cada uno de estos obstáculos, la Comisión propone soluciones que podrían, ulteriormente, hacer el objeto de una propuesta de actuación comunitaria.

— Documento de reflexión sobre la aplicación de las normas de competencia del Tratado CE relativas al abuso de posición dominante (art. 82), 19 de diciembre de 2005 (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html).

Este documento está destinado a iniciar el debate sobre la manera de proteger mejor los mercados de la UE ante comportamientos de exclusión por parte de empresas en posición de dominio. De momento, la Comisión no se pronuncia sobre si publicará directrices al respecto. Lo que sí afirma es que está igualmente analizando otros tipos de comportamientos abusivos.

— Informe sobre la aplicación de las normas de competencia por los Estados miembros (http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/aeccr_es.pdf).

El presente informe constituye la tercera parte del *Informe sobre la Competencia 2004* y se basa en las contribuciones de las autoridades de competencia de los Estados miembros sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Contiene informaciones legislativas y sobre decisiones de las autoridades nacionales administrativas y jurisdiccionales.

B. DISPOSICIONES SECTORIALES

— Reglamento (CE) núm. 611/2005 de la Comisión, de 20 de abril, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 823/2000, sobre la aplicación del art. 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (*DOUE*, núm. L 101, 21 de abril de 2005, p. 10).

Reglamento que prorroga por cinco años más (hasta el 25 de abril de 2010) el actual Reglamento (CE) núm. 823/2000. No obstante, también introduce modificaciones menores al mismo.

— Propuesta de Reglamento del Consejo sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas [COM (2005) 613 final, de 1 de diciembre de 2005].

El objeto de la presente propuesta es proceder a la codificación del Reglamento núm. 26 del Consejo, de 4 de abril de 1962, sobre la aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al

comercio de productos agrícolas. El nuevo Reglamento sustituirá a los que son objeto de la operación de codificación. La propuesta respeta en su totalidad el contenido de los textos codificados y se limita, por tanto, a reagruparlos realizando en ellos únicamente las modificaciones formales que la propia operación de codificación requiere.

— Propuesta de Reglamento del Consejo que deroga el Reglamento (CEE) núm. 4056/1986 del Consejo, de 22 de diciembre, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos [COM (2005) 651 final, de 14 de diciembre de 2005].

El Reglamento propuesto pretende derogar el Reglamento núm. 4056/1986 en su totalidad y especialmente la exención por categorías aplicable a las conferencias marítimas (arts. 3 a 8, 13 y 26). También se derogan ciertas disposiciones redundantes en consonancia con la política global comunitaria de reducir y simplificar la legislación comunitaria (arts. 2 y 9). Finalmente, se modifica el Reglamento núm. 1/2003 del Consejo para incluir el cabotaje y los servicios de *tramp* en el ámbito de aplicación de las normas comunes de competencia.

— Comunicación de la Comisión «Sobre servicios profesionales. Prosecución de la reforma. Seguimiento del Informe sobre la competencia en los servicios profesionales [COM (2004) 83, de 9 de febrero de 2004]» [COM (2005) 405 final, de 5 de septiembre de 2005].

La Comisión hace un balance de los progresos realizados por los Estados miembros en la reforma o supresión de las restricciones reglamentarias no justificadas en el sector de las profesiones liberales. Además, relaciona las medidas adoptadas en este sector por las autoridades nacionales de la competencia y por ella misma. Finalmente, invita a los Estados miembros a adoptar medidas decisivas en esta materia.

2. CONTROL DE CONCENTRACIONES

— Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones (*DOUE*, núm. C 56, de 5 de marzo de 2005, p. 2).

La presente Comunicación tiene por objeto describir en términos generales los principios subyacentes en el sistema de remisión previstos en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones de empresas, incluidos los últimos cambios introducidos en el sistema, enumerar los requisitos legales exigidos para la remisión de un asunto y exponer los factores que puedan tomarse en consideración para decidir si una remisión resulta procedente. Esta Comunicación también ofrece orientación práctica sobre el funcionamiento del sistema de remisión, especialmente en lo relativo al mecanismo de

remisión en la fase previa a la notificación previsto en los apartados 4 y 5 del art. 4 del Reglamento.

— Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (*DOUE*, núm. C 56, de 5 de marzo de 2005, p. 24).

La modificación por el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, de las normas que regulan la evaluación de las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin (denominadas «restricciones accesorias») introduce el principio de la autoevaluación de estas restricciones. Para mayor seguridad jurídica de las empresas afectadas, esta Comunicación explica cómo debe interpretarse el concepto de restricción accesoría. Las explicaciones que se ofrecen reflejan la esencia de la práctica de la Comisión y sientan los principios que hay que seguir para evaluar en qué medida los tipos más comunes de acuerdos constituyen una restricción accesoría.

— Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo (*DOUE*, núm. C 56, de 5 de marzo de 2005, p. 32).

La presente Comunicación establece el procedimiento simplificado que la Comisión se propone seguir para tramitar, en virtud de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, determinadas concentraciones que no plantean problemas de competencia. La presente Comunicación sustituye a la Comunicación sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración en virtud del Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 del Consejo.

3. AYUDAS DE ESTADO

— Directiva 2005/81/CE de la Comisión, de 28 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia entre determinadas empresas (*DOUE*, núm. L 312, de 29 de noviembre de 2005, p. 47).

Modificación del concepto de «empresa obligada a llevar cuentas separadas» a los efectos de la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia entre determinadas empresas, a resultas de la sentencia *Altmark Trans GmbH* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

— Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (*DOUE*, núm. L 312, de 29 de noviembre de 2005, p. 67).

La presente Decisión establece las condiciones para que una ayuda estatal en compensación por servicio público concedida a determinadas empresas a las que se ha atribuido el funcionamiento de servicios de interés económico general pueda considerarse compatible con el mercado común y quedar exenta del requisito de notificación establecido en el art. 88, apartado 3, del Tratado.

— Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (*DOUE*, núm. C 297, de 29 de noviembre de 2005, p. 4).

El objeto del presente Marco es precisar las condiciones en las que las compensaciones por servicio público que constituyen ayudas estatales pueden ser consideradas compatibles con el mercado común en virtud del art. 86, apartado 2. Este Marco se aplica a las compensaciones por servicio público concedidas a empresas en relación con actividades sujetas a las normas del Tratado CE, a excepción de los sectores de los transportes y del servicio público de radiodifusión.

— Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga del encuadramiento comunitario sobre ayudas de Estado de investigación y desarrollo (*DOUE*, núm. C 310, de 8 de diciembre de 2005, p. 10).

El encuadramiento comunitario sobre ayudas de Estado de investigación y desarrollo expiró el 31 de diciembre de 2005. La Comisión prorroga la vigencia de este encuadramiento hasta el 31 de diciembre de 2006, mientras ultima la revisión del mismo [Comunicación de la Comisión «Documento de consulta sobre ayuda estatal a la innovación», COM (2005) 436 final, de 21 de septiembre de 2005].

— Comunicación de la Comisión sobre Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales (*DOUE*, núm. C 312, de 9 de diciembre de 2005, p. 1).

El objetivo de estas directrices es establecer un marco jurídico seguro y transparente para los acuerdos entre los aeropuertos y las compañías aéreas. En este sentido, precisan las condiciones en las que las ayudas al establecimiento de nuevas líneas abiertas para compañías aéreas que tengan como punto de salida aeropuertos regionales pueden ser autorizadas. También contienen indicaciones dirigidas a los aeropuertos y a las autoridades nacionales sobre la financiación pública de los aeropuertos. El objetivo es fomentar el desarrollo de los aeropuertos regionales y favorecer la movilidad de los ciudadanos dentro de Europa, todo

ello velando por la igualdad de trato entre todos los operadores aeroportuarios y las compañías, así como por la buena utilización de los recursos públicos.

— Plan de acción sobre ayudas estatales. Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009 [COM (2005) 107 final, de 7 de junio de 2005].

El Plan de acción de ayudas estatales esboza los principios rectores de la reforma exhaustiva que se propone realizar la Comisión de las normas y procedimientos aplicables a las ayudas estatales durante los próximos cinco años. Concretamente, la Comisión se propone utilizar las normas sobre ayuda estatal del Tratado CE para incitar a los Estados miembros a que contribuyan a la estrategia de Lisboa orientando la ayuda a mejorar la competitividad de la industria de la UE y a crear empleo sostenible (más ayuda para I+D, innovación y capital riesgo para pequeñas empresas), a garantizar la cohesión social y regional y a mejorar los servicios públicos. La Comisión también pretende racionalizar y simplificar los procedimientos con objeto de que las normas sean más claras y haya que notificar menos ayudas y agilizar la toma de decisiones.

— Proyecto de Comunicación de la Comisión sobre las ayudas estatales de carácter regional para el período 2007-2013, 22 de diciembre de 2005 (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/regional/).

La Comunicación establecerá las nuevas Directrices sobre ayudas regionales al amparo de las normas sobre ayudas estatales del Tratado CE. Estas Directrices se aplicarán de 2007 a 2013, período que coincide con el de la próxima programación de los fondos estructurales de la UE. Las Directrices establecen las reglas aplicables a la autorización de las ayudas estatales que fomentan el desarrollo de las regiones más pobres y abarcan ayudas tales como las subvenciones directas para la inversión y las reducciones fiscales para empresas. Las Directrices establecen normas para seleccionar las regiones que pueden optar a la ayuda regional y definen los niveles máximos permitidos de estas ayudas.

— Comunicación de la Comisión a los Estados miembros por la que se modifica la Comunicación con arreglo al apartado 1 del art. 93 del Tratado CE, por la que se aplican los arts. 92 y 93 del Tratado al seguro de crédito a la exportación a corto plazo (*DOUE*, núm. C 325, de 22 de diciembre de 2005, p. 22).

La actual Comunicación de 1997 tenía una validez de hasta el 31 de diciembre de 2005 (a resultas de diversas prórrogas). La Comisión ha decidido finalmente establecer una nueva comunicación que entenderá aplicable a partir del 1 de enero de 2006. Tras analizar el sector (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/), la Comisión ha introducido algunas modificaciones respecto del régimen anterior.

— Comunicación de la Comisión «Documento de consulta sobre ayuda estatal a la innovación» [COM (2005) 436 final, de 21 de septiembre de 2005].

La Comisión lanza una consulta sobre las mejoras a introducir en las normas comunitarias en materia de ayudas de Estado respecto de los proyectos que fomentan la innovación. La Comisión pretende elaborar normas sobre las ayudas a la innovación y el establecimiento de criterios que permitan a las autoridades nacionales valorar de forma más segura la compatibilidad de las ayudas. Esta comunicación cubre seis grandes espectros de temas: las empresas innovadoras en fase de despegue, el capital-inversión, la integración de la innovación en las reglas existentes sobre ayudas de Estado a la investigación y el desarrollo, los intermediarios en innovación, la formación y la movilidad de los investigadores universitarios y las pymes y, finalmente, la constitución de polos de excelencia para proyectos que presentan un interés europeo común.

— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Actualización primavera de 2005» [COM (2005) 147, de 20 de abril de 2004].

El marcador de ayudas estatales destaca que si bien es cierto que se observa, en la mayoría de los Estados miembros, un ligero retroceso del nivel de ayudas en relación con el PIB, la tendencia fundamental desde el lanzamiento de la agenda de Lisboa es la estabilidad más que el descenso. Contrariamente, respecto a la segunda petición de la Comisión a los Estados miembros, el balance es más satisfactorio, pues se observa claramente que las ayudas otorgadas están mejor dirigidas (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/analytical_section.html).

— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Actualización otoño de 2005» [COM (2005) 624, de 9 de diciembre de 2005].

El segundo marcador del año 2005 confirma las dos observaciones realizadas en el anterior. Además se centra en las ayudas horizontales y observa que éstas han aumentado principalmente a causa del incremento de las ayudas vinculadas a objetivos de protección del medio ambiente y de ahorro de energía y de la disminución de las ayudas sectoriales en algunos Estados miembros (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/scoreboard/analytical_section.html).

4. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

— Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la posición de la Comunidad en lo que respecta a la modificación de los anexos del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre determinados aspectos de la contratación pública, habida cuenta de la ampliación

de la Unión Europea y de la introducción de una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones [COM (2005) 315 final, de 15 de julio de 2005].

En el Anexo I del Acuerdo se indicará que los operadores de telecomunicaciones estarán ya cubiertos por el acuerdo, en coherencia con la liberalización progresiva de los mercados en este sector.

RECOMMENDATION OF THE COUNCIL
ON MONITORING REVIEW

THE COUNCIL

QUINTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

Having regard to Article 115 of the Constitution of the Community for Economic Cooperation (1957);

Having regard to the Council's Programme of Action for 1960, with particular Member Countries as A convergentia Program (1960), International Trade (1961) (1962), which is considered as a part presented by their laws and systems. Member countries should submit their cooperation investigations of annual interest and should submit any other data or documents of their information.

Having regard to the suggestions to the study of appropriate measures and reports periodically prepared for the Commission by the Committee and the Study Group on the Study of the Study of Member Countries (1961) (1962) and to the Commission's work which is carried out in cooperation, including the Report on Modification of International Relations (1961) (1962);

Recognizing that the increased growth of international trade and services and the increasing number of production which have developed since 1957, have correspondingly increased the number of imports and exports of goods and services and that it is necessary to monitor the situation;

Recognizing that it is essential to give the Member States the opportunity to monitor the situation and to report on the situation of international trade and services and that the Commission is advised to monitor the situation of international trade and services;

Recognizing that it is essential to give the Member States the opportunity to monitor the situation and to report on the situation of international trade and services and that the Commission is advised to monitor the situation of international trade and services;

1. The Commission is authorized to carry out the necessary studies and investigations in order to monitor the situation of international trade and services and to report on the situation of international trade and services and to report on the situation of international trade and services.

RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON MERGER REVIEW *

THE COUNCIL,

Having regard to Article 5 b) of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14th December 1960;

Having regard to the Council's Recommendation concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade [C(95)130/FINAL], which recommended that, when permitted by their laws and interests, Member countries should co-ordinate competition investigations of mutual concern and should comply with each other's requests to share information;

Having regard to the suggestions in the study of transnational mergers and merger procedures prepared for the Committee on Competition Law and Policy [Merger Cases in the Real World, A Study of Merger Control Cases (OECD 1994)] and to the Committee's work related to merger review procedures, including the Report on Notification of Transnational Mergers [DAFFE/CLP(99)2/FINAL];

Recognising that the continued growth in internationalisation of business activities, and the increasing number of jurisdictions which have adopted merger laws, correspondingly increase the number of mergers that are subject to review under merger laws in more than one jurisdiction;

Recognising that reviews of transnational mergers can impose substantial cost on competition authorities and merging parties, and that it is important to address these costs without limiting the effectiveness of national merger laws;

Recognising that cooperation and coordination among competition authorities with respect to mergers of common concern can enhance the

* Recomendación no vinculante del Consejo de la OCDE (*OECD's governing Council*), máximo órgano de decisión de esta organización internacional, de 23 de marzo de 2005, C(2005)34 ([http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/linkto/c\(2005\)34](http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/linkto/c(2005)34)) (versión francesa del documento, <http://www.oilis.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/9C8F510323B7C682C1257089002B2C6D?OpenDocument>).

efficiency and effectiveness of the review process, help achieve consistent, or at least non-conflicting, outcomes, and reduce transaction costs;

Recognising the benefits that can result from the ability of competition authorities to share confidential information with foreign competition authorities with respect to mergers of common concern, and considering that most competition authorities may not be authorised by law or international agreement to share confidential information with foreign competition authorities in merger review proceedings, and therefore may do so only if the parties voluntarily waive their confidentiality rights;

Recognising that confidential information must be protected against improper disclosure or use if competition authorities share such information;

Recognising the important work by other entities in the area of merger notification and procedures, in particular that of the International Competition Network;

Recognising that Member countries are sovereign with respect to the application of their own laws to mergers;

1. RECOMMENDS AS FOLLOWS TO GOVERNMENTS OF MEMBER COUNTRIES:

A. NOTIFICATION AND REVIEW PROCEDURES

1. Merger review should be effective, efficient, and timely

- 1) Member countries should ensure that the review process enables competition authorities to obtain sufficient information to assess the competitive effects of a merger.
- 2) Member countries should, without limiting the effectiveness of merger review, seek to ensure that their merger laws avoid imposing unnecessary costs and burdens on merging parties and third parties. In this respect, Member countries should in particular:
 - 1) assert jurisdiction only over those mergers that have an appropriate nexus with their jurisdiction;
 - 2) use clear and objective criteria to determine whether and when a merger must be notified or, in countries without mandatory notification requirements, whether and when a merger will qualify for review;
 - 3) set reasonable information requirements consistent with effective merger review;
 - 4) provide procedures that seek to ensure that mergers that do not raise material competitive concerns are subject to expedited review and clearance; and

- 5) provide, without compromising effective and timely review, merging parties with a reasonable degree of flexibility in determining when they can notify a proposed merger.
- 3) The review of mergers should be conducted, and decisions should be made, within a reasonable and determinable time frame.
2. Member countries should ensure that the rules, policies, practices and procedures involved in the merger review process are transparent and publicly available, including by publishing reasoned explanations for decisions to challenge, block or formally condition the clearance of a merger.
3. Merger laws should ensure procedural fairness for merging parties, including the opportunity for merging parties to obtain sufficient and timely information about material competitive concerns raised by a merger, a meaningful opportunity to respond to such concerns, and the right to seek review by a separate adjudicative body of final adverse enforcement decisions on the legality of a merger. Such review of adverse enforcement decisions should be completed within reasonable time periods.
4. Merging parties should be given the opportunity to consult with competition authorities at key stages of the investigation with respect to any significant legal or practical issues that may arise during the course of the investigation.
5. Third parties with a legitimate interest in the merger under review, as recognised under the reviewing country's merger laws, should have an opportunity to express their views during the merger review process.
6. Merger laws should treat foreign firms no less favourably than domestic firms in like circumstances.
7. The merger review process should provide for the protection of business secrets and other information treated as confidential under the laws of the reviewing jurisdiction that competition authorities obtain from any source and at any stage of the review process.

B. COORDINATION AND COOPERATION

1. Member countries should, without compromising effective enforcement of domestic laws, seek to cooperate and to coordinate their reviews of transnational mergers in appropriate cases. When applying their merger laws, they should aim at the resolution of domestic competitive concerns arising from the particular merger under review and should

endeavour to avoid inconsistencies with remedies sought in other review jurisdictions.

2. Member countries are encouraged to facilitate effective cooperation and coordination of merger reviews, and to consider actions, including national legislation as well as bilateral and multilateral agreements or other instruments, by which they can eliminate or reduce impediments to cooperation and coordination.

3. Member countries should encourage merging parties to facilitate coordination among competition authorities, in particular with respect to the timing of notifications and provision of voluntary waivers of confidentiality rights, without drawing any negative inferences from a party's decision not to do so.

4. Member countries should establish safeguards concerning the treatment of confidential information obtained from another competition authority.

C. RESOURCES AND POWERS OF COMPETITION AUTHORITIES

Member countries should ensure that competition authorities have sufficient powers to conduct efficient and effective merger review, and to effectively cooperate and coordinate with other competition authorities in the review of transnational mergers. They should be cognisant that competition authorities need sufficient resources to fulfil these tasks.

D. PERIODIC REVIEW

Member countries should review their merger laws and practices on a regular basis to seek improvement and convergence towards recognised best practices.

E. DEFINITIONS

For purposes of this Recommendation:

Competition authority means a government authority or agency charged in general with the review of mergers under the merger laws of a Member country. Competition authority does not include a government authority that is responsible for the review of mergers only in a specific industry sector.

Merger means a merger, acquisition, joint venture, or any other form of business amalgamation, combination or transaction that falls within the

scope and definitions of the competition laws of a Member country governing business concentrations or combinations.

Merger laws means the competition laws of a Member country applied by competition authorities in the review of mergers, and the procedural rules governing such reviews.

Transnational merger means a merger that is subject to review under the merger laws of more than one jurisdiction.

2. INSTRUCTS THE COMPETITION COMMITTEE:

1. to explore further means to enhance the effectiveness of merger review, reduce the costs of reviewing transnational mergers, and strengthen coordination and cooperation among agencies, including by coordinating with other international organisations addressing these issues;

2. to periodically review the experiences under this Recommendation of Member countries and of non-member economies that have associated themselves with this Recommendation; and

3. to report to the Council as appropriate on any further action needed to improve merger laws, to achieve greater convergence towards recognised best practices, and to strengthen cooperation and coordination in the review of transnational mergers.

3. INVITES NON-MEMBER ECONOMIES TO ASSOCIATE THEMSELVES WITH THIS RECOMMENDATION AND TO IMPLEMENT IT.

BEST PRACTICES FOR THE FORMAL EXCHANGE OF INFORMATION BETWEEN COMPETITION AUTHORITIES IN HARD CORE CARTEL INVESTIGATIONS *

1. These Best Practices for the formal exchange of information¹ between competition authorities in hard core cartel investigations² («Best Practices») have been developed under the sole responsibility of the OECD's Competition Committee.

2. The OECD gives high priority to effective competition law enforcement, particularly against hard core cartels³. This has been recognised in recent acts by the OECD Council, which also encouraged member countries to cooperate in their law enforcement activities:

- The Council's Recommendation concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade [C(95)130/FINAL] recommended that, when permitted by their laws and consistent with their interests, Member countries should co-ordinate competition investigations of mutual concern and should comply with each other's requests to share information.
- Furthermore the Council's Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels [C(98)35/FINAL] recognised that member countries' mutual interest in preventing hard core cartels warrants co-operation that might include sharing documents and information in their possession with foreign competition authorities

* Documento adoptado por el Comité de Competencia (*Competition Committee*) de la OCDE, en octubre de 2005 (<http://www.oecd.org/dataoecd/1/33/35590548.pdf>).

¹ Throughout this document «exchanging information» and «providing information» are meant to refer to situations in which one competition authority shares information with, or otherwise makes information available to, another competition authority, including reciprocal exchanges of information between two competition authorities and the provision of information which one competition authority has obtained at the request of another competition authority

² Throughout this document «investigation of a hard core cartel» is meant to include all steps related to the enforcement of competition laws against hard core cartels.

³ Throughout this document «hard core cartel» is meant to refer to hard core cartels as defined in the Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, C(98)35/FINAL.

and gathering documents and information on behalf of foreign competition authorities on a voluntary basis and when necessary through use of compulsory process, to the extent consistent with their own laws, regulations, and important interests, and subject to effective safeguards to protect commercially sensitive and other confidential information.

- The latter Recommendation also encouraged member countries to review all obstacles to their effective co-operation in the enforcement of laws against hard core cartels and to consider actions, including national legislation and/or bilateral or multilateral agreements or other instruments, by which they could eliminate or reduce those obstacles in a manner consistent with their important interests.

3. The Best Practices are based on these two Council Recommendations and draw from the Committee's previous work on the fight against hard core cartels, and in particular the subject of information exchanges in hard core cartel investigations⁴.

4. Consistent with these Council Recommendations and in light of the Competition Committee's work on the topic of information exchanges in cartel investigations, the Committee believes that member countries should generally support information exchanges and should, in accordance with their laws, seek to simplify and expedite the process for exchanging information in order to avoid imposing unnecessary burdens on competition authorities and to allow an effective and timely information exchange.

5. The Competition Committee also recognises that:

- a member country may decline to comply with a request for information, or limit or condition its co-operation;
- the exchanging of confidential information presupposes effective safeguards (i) to protect against improper disclosure or use of exchanged information; and (ii) for privileged information, in particular information subject to the legal profession privilege, as well as for other rights under the laws of member countries involved in the exchange of information, which may have to take into account differences in the nature of sanctions for violations of competition laws concerning hard core cartels in different jurisdictions;
- information exchanges should not inadvertently undermine hard core cartel investigations, including the effectiveness of amnesty

⁴ The Committee's previous work on the subject of information exchanges in hard core cartel investigations has been documented in reports by the Committee to the Council on the implementation of the Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels. The Committee also held roundtable discussions on various issues related to cooperation and information exchanges in hard core cartel investigations. Representatives of the business community contributed to the Committee's discussions, and their views have been taken into account in developing these Best Practices.

programs, and that, to that end, most member countries have adopted policies pursuant to which they do not exchange information obtained from an amnesty applicant without the applicant's prior permission;

- member country authorities should seek to ensure that information exchanges do not have negative consequences for informants, for example by deciding not to disclose their identities in certain cases;
- regional organisations and regional agreements may imply a very close cooperation which requires less safeguards than set out in these Best Practices.

6. Based on the above, the Competition Committee believes that member countries should take note of the following Best Practices when they enter into international agreements, or adopt domestic legislation, authorising the exchange of confidential information in investigations of hard core cartels under their competition laws, and in their policies and practices applicable to such exchanges:

1. INFORMATION EXCHANGES COVERED BY THESE BEST PRACTICES

A. These Best Practices apply to situations where (i) for the purposes of the investigation of hard core cartels under the competition laws of the requesting jurisdiction a competition authority in one jurisdiction provides information obtained from private sources to a competition authority in another jurisdiction; (ii) the competition authority would normally, under domestic law, be prohibited from disclosing such information to other competition authorities; and (iii) the disclosure of such information can occur only because it is authorised in certain circumstances by an international agreement or domestic law. International agreements and domestic laws authorising such disclosure, as well as policies and practices of competition authorities applicable to such exchanges, should provide for the safeguards identified in these Best Practices.

B. The Best Practices should apply to exchanges of information that has been obtained on behalf of a foreign competition authority following a request for assistance as well as information already in the possession of the requested jurisdiction.

C. These Best Practices do not apply to:

- (i) Exchanges of information not subject to domestic law restrictions and which competition authorities therefore are free to exchange without authorisation by international agreement or domestic law;

- (ii) Information exchanges among members of a regional organisation or parties to a regional agreement that have adopted specific rules governing information exchanges among competition authorities, unless such exchanges involve information originating from a jurisdiction that is outside the regional organisation or not party to the regional agreement; and
- (iii) Information exchanges in the context of private litigation.

2. SAFEGUARDS FOR FORMAL EXCHANGES OF INFORMATION

A. AUTHORITY TO EXCHANGE INFORMATION

1. Before making a formal request for information, a requesting jurisdiction should seek to consult with the requested jurisdiction to understand the circumstances under which the requested jurisdiction can act upon the request, in particular, whether it may have any disclosure requirements with respect to the information in the request and/or whether it would have to give notice to the source of the information. The requested jurisdiction should confirm that it will to the fullest extent possible consistent with its laws maintain the confidentiality of the information in the request.

2. The requesting jurisdiction should provide sufficient information as is necessary for the requested jurisdiction to act upon the request. The requesting jurisdiction should explain to the requested jurisdiction in detail how the request for information located in the territory of the requested jurisdiction concerns the requesting jurisdiction's investigation of a violation of the requesting jurisdiction's competition laws concerning hard core cartels.

3. The requested jurisdiction should have discretion to provide or not to provide the requested information. Reasons for declining to provide the requested information might include, but are not limited to: (i) the requesting jurisdiction's investigation relates to conduct that would not be deemed hard core cartel conduct by the requested jurisdiction; (ii) honouring the request would be unduly burdensome for the requested jurisdiction or might undermine an ongoing investigation; (iii) the requested jurisdiction believes that confidential information may not be sufficiently safeguarded in the requesting jurisdiction; (iv) the execution of the request would not be authorised by the domestic law of the requested jurisdiction; or (v) honouring the request would be contrary to the public interest of the requested jurisdiction.

4. The requested jurisdiction may offer to provide the requested information only subject to conditions and/or limitations on use or disclosure. It should at least consider doing so if otherwise it would have to decline the request for information.

B. PROVISIONS CONCERNING CONFIDENTIALITY, USE, AND DISCLOSURE IN THE REQUESTING JURISDICTION

1. The requesting jurisdiction should identify its domestic confidentiality laws and related practices so that the requested jurisdiction can consider the requesting jurisdiction's ability to maintain the confidentiality of the exchanged information.

2. The exchanged information should be used or disclosed by the requesting jurisdiction solely for purposes of the investigation of a hard core cartel under the requesting jurisdiction's competition laws in connection with the matter specified in the request and solely by the enforcement authorities in the requesting jurisdiction, unless the laws of the requested jurisdiction provide the power to approve the use or disclosure of the exchanged information in other matters related to public law enforcement, and the requested jurisdiction has granted such approval in accordance with its domestic law requirements prior to the use of the information in such other matter in the requesting jurisdiction.

3. The requesting jurisdiction should confirm that it will to the fullest extent possible consistent with its laws: (i) maintain the confidentiality of the exchanged information; and (ii) oppose the disclosure of information to third parties for the use of such information in private civil litigation, unless it has informed the requested jurisdiction about such third party request for disclosure of the information, and the requested jurisdiction has confirmed that it does not object to the disclosure.

4. The requesting jurisdiction should ensure that its privilege against self incrimination is respected when using the exchanged information in criminal proceedings against individuals.

5. The requesting jurisdiction should take all necessary measures to ensure that an unauthorised disclosure of exchanged information does not occur. In addition, it should make information available about the consequences under its domestic law in the event of such unauthorised disclosure. If, under exceptional circumstances, an unauthorised disclosure of exchanged information occurs, the requesting jurisdiction should take steps to minimise any harm resulting from the unauthorised disclosure, including promptly notifying the requested jurisdiction, and to ensure that such unauthorised disclosure does not recur. The requested jurisdiction should consider whether it is appropriate to notify the source of the information about the unauthorised disclosure.

C. PROTECTION OF LEGAL PROFESSION PRIVILEGE

1. The requested jurisdiction should apply its own rules governing information subject to and protected by the legal profession privilege when obtaining the requested information.

2. The requesting jurisdiction should, to the fullest extent possible, (i) formulate its request in terms that do not call for information that would be protected by the legal profession privilege under its law; and (ii) ensure that no use will be made of any information provided by the requested jurisdiction that is subject to legal profession privilege protections of the requesting jurisdiction.

D. NOTICE TO SOURCE OF THE EXCHANGED INFORMATION

1. If an information exchange is made consistent with these Best Practices, the requested jurisdiction should not give prior notice of the exchange to the source of the information, unless such notice is required under its domestic laws or an international agreement.

2. If the requested jurisdiction provides notice to the source of the information of the fact that information has been exchanged, it should do so only if such notice does not violate a court order, domestic law, or an obligation under a treaty or other international agreement, or jeopardise the integrity of an investigation in either the requesting or requested jurisdiction.

3. Prior to giving notice to the source of the information in accordance with Sections D.1 or D.2, the requested jurisdiction should, where practicable, consult with the requesting jurisdiction.

3. TRANSPARENCY

To the extent possible without compromising legitimate enforcement objectives, jurisdictions should ensure that their relevant laws and regulations concerning information exchanges covered by these Best Practices are publicly available.

4. The requested jurisdiction may offer to provide the requested information only subject to conditions and limitations on use of such information. It should at least consider doing so if it believes it will have to disclose the request for information.

FORMAS DE APLICAR LOS POSIBLES ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE LA COMPETENCIA A LOS PAÍSES EN DESARROLLO, ENTRE OTRAS COSAS MEDIANTE UN TRATO PREFERENCIAL O DIFERENCIADO, CON MIRAS A QUE ESOS PAÍSES PUEDAN ADOPTAR Y APLICAR UN DERECHO Y UNA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA COMPATIBLES CON SU NIVEL DE DESARROLLO ECONÓMICO*

INTRODUCCIÓN

1. El Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en su quinto período de sesiones (2 a 4 de julio de 2003), solicitó a la secretaría de la UNCTAD que preparase para el sexto período de sesiones del Grupo *«estudios sobre las repercusiones que una cooperación multilateral más estrecha en la esfera de la política de la competencia podría tener sobre los objetivos de desarrollo de los países en desarrollo y de los países menos adelantados, y en particular [...] b) un informe acerca de las maneras en que los posibles acuerdos internacionales sobre competencia podrían aplicarse a los países en desarrollo, entre otras cosas mediante un trato preferencial o diferenciado, con miras a que estos países pudieran adoptar y aplicar un derecho y una política de la competencia compatibles con su nivel de desarrollo económico»*¹. Tal como estaba previsto, dicho informe (TD/B/COM.2/CLP/46) se

* UNCTAD, Quinta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, Antalya (Turquía), 14 a 18 de noviembre de 2005, tema 6.a) del programa provisional, 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, TD/RBP/CONF.6/9, TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.1, 5 de septiembre de 2005.

¹ Ver el informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de la UNCTAD (TD/B/COM.2/52, TD/B/COM.2/CLP/39). Conclusiones convenidas, párr. 4. Esta petición del Grupo de Expertos siguió a una petición similar de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas, de 2000.

presentó al Grupo en su sexto período de sesiones; en sus conclusiones convenidas, el Grupo pidió a la secretaría que revisase y actualizase el informe teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los Estados miembros en ese período de sesiones o que se enviaran por escrito hasta el 31 de enero de 2005, con el fin de presentarlos a la Quinta Conferencia de Examen². En cumplimiento de este mandato, en el presente informe se adopta un criterio empírico y se examinan algunos de los actuales instrumentos internacionales (en el epígrafe 1) y los casos (en el epígrafe 2) relativos a este ámbito, destacando los aspectos que guardan relación con los países en desarrollo. En el epígrafe 3 se señalan algunas consecuencias y temas que los Gobiernos pueden desear examinar en la evaluación de las cuestiones relativas a posibles acuerdos sobre la competencia en los niveles bilateral, regional, plurilateral o multilateral. Las adiciones al texto original se han señalado en negrita.

2. El presente informe revisado debe leerse en forma conjunta con otros tres informes de la secretaría de la UNCTAD preparados para la Conferencia de Examen, también por solicitud del Grupo de Expertos en su sexto período de sesiones: una versión revisada del documento «Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de la competencia y los mecanismos utilizados» (TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.3); una versión revisada de «Los papeles de los posibles mecanismos de mediación en las controversias y los arreglos alternativos, incluidos los exámenes voluntarios entre entidades de igual nivel en la esfera del Derecho y la política de la competencia» (TD/B/COM.2/CLP/37/Rev.2); y «Exposición de los tipos de disposiciones comunes incluidas en los acuerdos internacionales de cooperación sobre política de la competencia, en particular en los acuerdos bilaterales y regionales, y de la aplicación de dichas disposiciones (TD/RBP/CONF.6/3). También tiene gran importancia para el informe el libro de la UNCTAD titulado *Trade and Competition Issues: Experiences at Regional Level (Cuestiones de comercio y competencia: experiencias en el plano regional)*, y en particular su artículo sobre trato especial y diferenciado en este ámbito³. Teniendo en cuenta que la mayoría de los instrumentos y casos que se examinan en este documento ya fueron mencionados en estos u otros informes anteriores de la UNCTAD⁴ o en otros documentos citados, en

² Ver el párrafo 2 de las Conclusiones convenidas del Grupo en UNCTAD, «Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia sobre su sexto período de sesiones» (TD/B/COM.2/48). El Gobierno de Indonesia envió una comunicación escrita sobre el informe.

³ Ver P. BRUSICK y J. CLARKE, «Operationalizing special and differential treatment in cooperation agreements on competition law and policy», en UNCTAD, *Trade and Competition Issues: Experiences at regional level (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1)*.

⁴ «El alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación y la política de la competencia y análisis de las disposiciones de la Ronda Uruguay que se refieren a la política de la competencia, incluidas sus consecuencias para los países en desarrollo y otros países» (TD/RBP/COM.2/EM/2); «Recientes casos importantes relativos a la competencia en los países en desarrollo» (TD/B/COM.2/CLP/26), y «Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de la competencia y los mecanismos utilizados» (TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.2).

este informe no se dan las referencias completas, salvo en algunos casos nuevos. Tampoco se examina ningún acuerdo comercial regional celebrado exclusivamente entre países en desarrollo, ni se hace un examen general de las disposiciones del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas⁵. No obstante, al tratar de las cuestiones que se han de examinar, en el capítulo 3 se mencionan los acuerdos entre países en desarrollo y algunas de las disposiciones del Conjunto. No se examina el concepto de un posible marco multilateral sobre la competencia en el ámbito de la OMC, que ya había examinado el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia de ese organismo, sobre la base de la Decisión del Consejo General de la OMC de que la cuestión de la interacción entre comercio y política de competencia no formará parte del Programa de Trabajo establecido en la Declaración de Doha y, por consiguiente, durante la Ronda de Doha no se llevarán a cabo en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre ninguno de estos temas. De todas maneras, se mencionan algunas informaciones u opiniones pertinentes que figuran en la documentación de ese Grupo. En todo el informe, los términos «prácticas comerciales restrictivas» o «prácticas anticompetitivas» se utilizan indistintamente.

1. ALGUNAS NORMAS INTERNACIONALES RELACIONADAS CON LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y EL DESARROLLO

A. EL ACUERDO DE COOPERACIÓN ENTRE BRASIL Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

3. Uno de los rasgos sobresalientes de muchos instrumentos internacionales que tratan de la política de la competencia es su «moderación», ya sea en cuanto a la naturaleza no vinculante de esos instrumentos, por el hecho de que sus disposiciones estén redactadas de tal forma que permitan a sus destinatarios un amplio margen de discrecionalidad sobre la línea de conducta que adoptarán, o a la exclusión de la solución de diferencias. Los acuerdos de cooperación para la aplicación de las políticas de la competencia son jurídicamente vinculantes, pero sus disposiciones suelen ser redactadas de forma poco precisa y estar sujetas a condiciones. Hasta la fecha sólo se ha celebrado un acuerdo de cooperación para la aplicación de las políticas de la competencia entre un país desarrollado y un país en desarrollo (Estados Unidos y Brasil). Este acuerdo comprende las disposiciones habituales que figuran en la mayoría de los acuerdos de cooperación para la aplicación de las políticas de la competencia, con variaciones sin importancia: notificación de modificaciones de la legisla-

⁵ Resolución 35/63 de la Asamblea General, de 5 de diciembre de 1980 (TD/RBP/CONF/10/Rev.2).

ción aplicable o de determinadas actividades de aplicación que afecten a la otra parte (que en este caso es obligatoria, con la salvedad de las limitaciones en materia de confidencialidad); compromiso de examinar detenidamente los intereses importantes de la otra parte durante la investigación o aplicación de medidas correctivas contra las prácticas anticompetitivas (cortesía negativa); consultas sobre cualquier cuestión relacionada con el acuerdo; intercambio de información no confidencial que facilite la aplicación efectiva de las leyes de la competencia y promueva un mejor entendimiento de las políticas y actividades de cumplimiento de las políticas de la competencia de la otra parte, hasta donde sea compatible con la respectiva legislación e intereses importantes y dentro de la disponibilidad razonable de recursos; posibilidad de coordinar la acción contra prácticas anticompetitivas vinculadas que se lleven a cabo en ambos países; y mantenimiento de la confidencialidad de la información delicada que facilite la otra parte. Este acuerdo incluye también un tipo de disposición que figura en algunos acuerdos avanzados, la «cortesía positiva», según la cual las autoridades encargadas de la competencia de cada parte estudiarán detenidamente las peticiones formuladas por la otra parte de que se adopten medidas coercitivas contra prácticas anticompetitivas en el territorio del país al que se dirige la solicitud que contravienen las leyes de ese país y afectan negativamente a intereses importantes del país solicitante. No obstante, esta cláusula de «cortesía positiva» no limita la discrecionalidad de enjuiciamiento de las autoridades encargadas de la competencia a las que se dirige la solicitud, que pueden no adoptar medidas. Tampoco impide que las autoridades solicitantes apliquen sus propias leyes (aunque no es preciso que se infrinja la legislación del país solicitante para que éste presente esa solicitud)⁶. El acuerdo entre Brasil y Estados Unidos también prevé la prestación de asistencia técnica.

4. No obstante, en este acuerdo no se prevé la posibilidad de intercambiar información confidencial, a reserva de las limitaciones sobre uso o divulgación, cláusula que figura en algunos acuerdos avanzados. El acuerdo entre Brasil y Estados Unidos tampoco incluye otros dos tipos de disposiciones que hasta ahora sólo figuran, por ejemplo, en el acuerdo de cooperación para la aplicación de la política de la competencia entre Australia y Estados Unidos: el requisito de notificar (en la medida en que sea compatible con la legislación, las políticas de aplicación y otros intereses importantes) la información sobre actividades aparentemente anticompetitivas que puedan guardar relación con las políticas de la competencia o justifiquen que las autoridades encargadas de la competencia de la otra parte las apliquen, aun cuando no se haya violado la normativa de la competencia de la parte que notifica ni se hayan adoptado medidas coercitivas con arreglo a la ley; y la posibilidad de prestar una ayuda a la investigación que suponga la utilización de procesos que, conforme al Derecho de

⁶ No obstante, los Estados Unidos son el único país cuya legislación de la competencia se aplica a las prácticas comerciales restrictivas en los mercados extranjeros que afecten a sus exportadores.

un país, sean obligatorios para obtener información, a petición de otro país cuyos importantes intereses nacionales se vean afectados por la conducta anticompetitiva organizada en el país al que se presenta la solicitud, aun cuando esta conducta no sea ilegal con arreglo a la legislación de ese país.

B. ALGUNOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES

5. Muchos acuerdos de libre comercio, asociación económica, uniones aduaneras o mercados comunes o únicos (en adelante denominados colectivamente «acuerdos comerciales regionales») suelen establecer normas de procedimiento sobre la cooperación en casos de competencia parecidos a los que figuran en los acuerdos de cooperación para la aplicación de legislación y práctica anticompetitivas, aunque a menudo con mucho menor detalle o de menor alcance. Por consiguiente, los acuerdos comerciales regionales suelen estipular que se adopten reglamentaciones o decisiones sobre cooperación y también pueden complementarse con acuerdos bilaterales de cooperación sobre la aplicación entre las partes. A diferencia de estos acuerdos bilaterales, los acuerdos comerciales regionales suelen incluir normas sustantivas sobre la competencia. Su alcance, rigor y detalle varían marcadamente de uno a otro. En algunos figuran obligaciones generales de adopción de medidas contra los actos anticompetitivos, otros establecen normas y reglas concretas, y en otros se exige la aprobación de leyes y procedimientos comunes. Algunos prevén la aplicabilidad, el contenido o la aplicación efectiva de las normas de la competencia únicamente en relación con las prácticas comerciales restrictivas que afecten al comercio entre las partes, mientras que en otros figuran recomendaciones respecto de todas las prácticas comerciales restrictivas.

6. Tanto el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) como el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno del Canadá disponen que cada parte adoptará o mantendrá medidas para proscribir, respectivamente, las «prácticas de negocios contrarias a la competencia» o las «actividades anticompetitivas» y aplicará los mecanismos de observancia apropiados conforme a esas medidas. Ahora bien, el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá define las «actividades anticompetitivas» y dice que significa cualquier conducta o transacción que pueda ser objeto de sanciones o cualquier otro tipo de remedio con arreglo a la legislación sobre la competencia de cada una de las partes, así como cualquier reforma que se les hiciera, y cualquier otra ley o reglamento que las partes acuerden conjuntamente que sean aplicables. Estas «actividades anticompetitivas» comprenden (pero no se limitan a) los cárteles, el abuso de posición dominante y las fusiones con efectos anticompetitivos importantes, salvo que estén excluidos, directa o indirectamente, del alcance de la legislación de la propia parte o autorizados de conformidad con esas leyes. No obstante, se

prevé que todas estas exclusiones y autorizaciones habrán de ser claras y cada parte las evaluará periódicamente para determinar si son necesarias para lograr sus objetivos políticos primordiales. Se prevé, asimismo, el establecimiento o mantenimiento por cada parte de un órgano imparcial encargado de la competencia, facultado para aplicar los mecanismos de observancia apropiados y defender las políticas y la legislación favorables a la competencia, sin injerencia política; la transparencia (publicación o acceso público a la legislación y los procedimientos, prácticas o decisiones administrativas de aplicación general, así como la notificación a la otra parte de los cambios introducidos en éstos); la no discriminación (tanto respecto de las medidas de proscripción de las actividades anticompetitivas como de los mecanismos de aplicación); la imparcialidad jurídica (procedimientos judiciales y cuasijudiciales imparciales y equitativos, susceptibles de apelación o de revisión), y asistencia técnica. En lo que respecta a la cooperación en los procedimientos de aplicación de las normas anticompetitivas, se prevé la notificación obligatoria de las medidas de aplicación que puedan afectar a los intereses importantes de la otra parte (salvo que afecte a la confidencialidad o perjudique intereses importantes), con criterios detallados en cuanto a lo que debe notificarse; las consultas y la cortesía negativa. También se prevé la posibilidad de que las partes puedan celebrar otros acuerdos o arreglos de cooperación o de asistencia jurídica mutua. Este acuerdo (al igual que el TLCAN y los Tratados de Libre Comercio entre Canadá y Chile y entre la Unión Europea y Chile) excluye la aplicación de procedimientos de solución de diferencias a las diferencias en materia de política de la competencia.

7. Prácticamente todos los acuerdos comerciales regionales celebrados por la Unión Europea incluyen disposiciones sobre política de la competencia, pero su naturaleza y alcance varían. Todos los acuerdos euromediterráneos disponen que determinadas prácticas (que se califican en términos muy similares a los utilizados en el Tratado de Roma) son incompatibles con el funcionamiento correcto del acuerdo en la medida en que puedan afectar al comercio entre la Unión Europea y el otro país en cuestión⁷. Algunos indican expresamente que estas prácticas habrán de evaluarse sobre la base de los criterios establecidos en los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma. No obstante, en otros acuerdos sólo figura una declaración de la Unión Europea que indica que aplicará esos criterios en espera de la aprobación de normas de aplicación por los consejos de asociación creados en virtud de los acuerdos. La cooperación prevista en procedimientos de aplicación de la legislación se limita al intercambio de información no confidencial (sin indicar en ningún momento cómo se activa ese mecanismo). No obstante, hasta la fecha las disposiciones sobre política de la competencia de estos acuerdos comerciales regionales (como la mayoría de los acuerdos comerciales regionales que se examinan a

⁷ La Unión Europea ha celebrado acuerdos con Argelia, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Marruecos, Autoridad Palestina y Túnez.

continuación) no se han desarrollado mediante decisiones de los consejos establecidos para administrarlos.

8. Al igual que los acuerdos euromediterráneos, el acuerdo entre la Unión Europea y Sudáfrica sólo se aplica a las prácticas comerciales restrictivas en la medida en que afecten al comercio entre las partes. Sin embargo, se diferencia de ellos porque utiliza criterios distintos de los de las normas de la competencia de la Unión Europea (y que se asemejan a las del Derecho de la competencia de Sudáfrica) para calificar esas prácticas comerciales restrictivas, y las vincula concretamente al territorio de las partes. Así, por ejemplo, los arts. 35 y 36 del Acuerdo disponen que haya controles sobre las decisiones y/o las prácticas concertadas entre empresas en relaciones horizontales, así como sobre los acuerdos verticales que tengan por objeto impedir o restringir de forma sustancial la competencia en el territorio de la Unión Europea o de Sudáfrica (salvo que las empresas puedan demostrar que los efectos anticompetitivos quedan compensados por los efectos en favor de la competencia), y controles sobre el abuso de posición dominante en todo el territorio de cada una de las partes o en una parte sustancial de éste. También se prevén consultas obligatorias cuando así se solicite, intercambio de información no confidencial, prestación de asistencia técnica y aplicación de la cortesía negativa y positiva; no se establece concretamente la obligación de notificar las actividades de aplicación.

9. En el Acuerdo de Cotonú con los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP), el planteamiento es muy distinto. Su ámbito no se limita a las prácticas comerciales restrictivas que afectan al comercio entre las partes. En cambio, la Unión Europea y los países ACP se comprometen a aplicar las normas y políticas nacionales o regionales de fiscalización de los acuerdos, las decisiones y prácticas concertadas que tienen por objeto o efecto prevenir, restringir o distorsionar la competencia y prohibir el abuso de posición dominante en la Unión Europea y en el territorio de los Estados ACP, a fin de velar por la eliminación de las distorsiones de una competencia sana y con la debida consideración de los distintos niveles de desarrollo y las necesidades económicas de cada uno de los países ACP. Las partes también convienen en fortalecer la cooperación en esta esfera, con miras a elaborar y apoyar políticas de competencia eficaces, con los correspondientes organismos nacionales de la competencia que velen progresivamente por el cumplimiento efectivo de las normas de la competencia, tanto por parte de las empresas privadas como del Estado. La cooperación habrá de incluir, en particular, la ayuda para la formulación del marco jurídico adecuado y su aplicación administrativa, con particular referencia a la situación especial de los países menos adelantados. No se menciona concretamente la cooperación en relación con casos particulares.

10. Cabe señalar otra diferencia entre el Acuerdo de Cotonú y el acuerdo comercial regional entre la Unión Europea y México (comple-

mentado por una Decisión del Consejo Conjunto). Ni en este último acuerdo ni en la decisión se prevé una convergencia sustantiva. En cambio, las partes se comprometen a aplicar sus respectivas leyes sobre la competencia con el fin, entre otras cosas, de evitar efectos negativos sobre el comercio y el desarrollo económico, así como los posibles efectos adversos que esas restricciones puedan tener para los intereses de la otra parte. No obstante, en la decisión figuran disposiciones fundamentales de cooperación para la aplicación de la política de competencia; por ejemplo, la notificación de las actividades de aplicación es obligatoria en principio, aunque la lista de lo que debe notificarse es más breve que en los acuerdos comerciales regionales o los acuerdos de cooperación para la aplicación celebrados por Canadá y Estados Unidos.

C. ALGUNOS INSTRUMENTOS DE LA OCDE, LA RED INTERNACIONAL DE LA COMPETENCIA Y LA OMC

11. En la recomendación de la OCDE sobre los cárteles intrínsecamente nocivos se establece que los países miembros deben velar por que su legislación en materia de competencia ponga fin y disuada eficazmente a esos cárteles, en particular previendo sanciones efectivas, procedimientos para hacer cumplir las normas e instituciones que tengan atribuciones adecuadas⁸. En dicha recomendación también se alienta la cooperación y la cortesía con respecto a la acción coercitiva contra esos cárteles, y se establecen algunos principios y prácticas con esta finalidad. De la definición de los cárteles intrínsecamente nocivos se excluyen los «*acuerdos, las prácticas concertadas o los arreglos que: (i) guarden una relación justificada con la legítima obtención de mejoras de la eficiencia en forma de reducción de los costos o aumentos de la producción; (ii) queden excluidos, directa o indirectamente, del ámbito de aplicación de las propias leyes del país miembro en cuestión; o (iii) estén autorizados en virtud de esas leyes*» [apartado b) del párrafo 2]. No obstante, se establece que todas las exclusiones y autorizaciones de cárteles que de otro modo se considerarían intrínsecamente nocivos deben ser transparentes y revisarse periódicamente para determinar si son necesarias y si no son más amplias de lo preciso para lograr su objetivo sustantivo fundamental. Los miembros deben informar anualmente a la OCDE de toda exclusión o categoría de autorización nueva o ampliada.

12. Los miembros de la Red Internacional de la Competencia (RIC) han aprobado, entre otras disposiciones, principios rectores y prácticas recomendadas sobre la notificación y el examen de las fusiones. Aunque su labor en materia de aplicación de normas relativas a los cárteles no está tan adelantada, se ha creado un Grupo de Trabajo encargado de este tema

⁸ Se invita a los países que no son miembros a que se asocien a esta Recomendación y varios de ellos han expresado su interés en hacerlo.

que tendrá dos subgrupos: uno de ellos se ocupará de elaborar principios rectores y/o prácticas recomendadas en materia de transparencia, no discriminación, respeto de las garantías legales, eficacia de los procedimientos e instituciones de aplicación de la ley y cooperación internacional en la aplicación de la legislación contra los cárteles; la función del segundo será ayudar a la autoridades de defensa de la competencia a mejorar sus técnicas de aplicación de la ley.

13. Los acuerdos de la OMC contienen diversas disposiciones generales que pueden guardar relación con la política de la competencia, y también varias disposiciones que se refieren concretamente a cuestiones que se relacionan con ella⁹. Entre las primeras pueden incluirse las que se refieren al trato especial y diferenciado. La secretaría de la OMC ha enumerado 145 disposiciones de ese tipo, que ha clasificado en cinco categorías principales: *a)* disposiciones destinadas a aumentar las oportunidades comerciales mediante el acceso a los mercados; *b)* disposiciones que exigen a los miembros de la OMC salvaguardar los intereses de los países en desarrollo; *c)* disposiciones que conceden una mayor flexibilidad en materia de compromisos; *d)* disposiciones que permiten períodos de transición más largos; y *e)* disposiciones sobre la prestación de asistencia técnica. Otras disposiciones dentro de estos cinco grupos se refieren concretamente a los países menos adelantados¹⁰. En la Decisión del Consejo General de 31 de julio de 2004, entre otras cosas, se recordó la decisión adoptada por los Ministros en Doha de examinar todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas¹¹.

14. Varias disposiciones de los acuerdos de la OMC se refieren concretamente a la política en materia de competencia, como las que figuran en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo relativo a la aplicación del art. VI (que se refiere al *antidumping*). El siguiente examen se centra en el Documento de referencia de 1996 relativo a los principios reglamentarios favorables a la competencia en relación con el acuerdo AGCS, tal como se interpretaron sus disposiciones en el asunto Telmex, que se describe más adelante. Dicho documento establece los principios que rigen el marco reglamentario de los servicios de telecomunicaciones básicas y ha sido incorporado a la lista de compromisos en el marco del AGCS de algunos miembros de la OMC. Esos miembros se comprometen a mantener medidas adecuadas para impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, sean un «proveedor importante» empleen o sigan em-

⁹ Ver J. MATHIS, *WTO core principles and prohibition: Obligations relating to private practices, national competition laws and implications for a competition policy framework*, UNCTAD consultant report (UNCTAD/DITC/CLP/2003/2).

¹⁰ Ver OMC, *Los países en desarrollo y el sistema multilateral de comercio. Tendencias de ayer y de hoy*, Nota de antecedentes de la Secretaría, 1999, y *Disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los acuerdos y decisiones de la OMC*, Nota de la Secretaría (WT/COMTD/W77).

¹¹ Ver OMC, Consejo General, Programa de Trabajo de Doha, proyecto de decisión del Consejo General de 31 de julio de 2004 (WT/GC/W/535).

pleando prácticas anticompetitivas. También se comprometen a asegurar que esos proveedores suministren la interconexión a sus redes integradas en términos y condiciones que en general no sean discriminatorias. Un «proveedor importante» es un proveedor que *«tenga la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y del suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas como resultado de: a) el control de las instalaciones esenciales; o b) la utilización de su posición en el mercado»*. Por «instalaciones esenciales» se entiende *«toda instalación de una red o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones que: a) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y b) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico»*. Las «prácticas anticompetitivas» incluyen en particular *«realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada, utilizar información obtenida de competidores con resultados anticompetitivos y no poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios»*.

2. ALGUNOS CASOS QUE TIENEN CONSECUENCIAS INTERNACIONALES Y EN MATERIA DE DESARROLLO

A. CASOS DE CÁRTELES INTERNACIONALES

15. Los casos que se describen a continuación se refieren a los aspectos internacionales de la política de competencia y/o la aplicación de algunos de los instrumentos examinados en el epígrafe 1, y también se refieren directamente a los países en desarrollo o de otro modo plantean cuestiones que los afectarían¹². Entre los principales casos relativos a cárteles internacionales que se han planteado ante las autoridades encargadas de la competencia en los últimos años, hay tres en particular que entrañan cuestiones de cooperación internacional: los asuntos relativos a los Electroodos de grafito, la Lisina y las Vitaminas. Estos tres cárteles fueron descubiertos, enjuiciados y sancionados en primer lugar por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, que inició su actuación por la información presentada en el marco de su programa de indulgencia. Posteriormente, varias autoridades investigaron a estos cárteles con respecto a los efectos en sus mercados. En la República de Corea, la Comisión de Comercio Leal de Corea, tras tomar conocimiento de estos procesos, abrió una investigación sobre los Electroodos de grafito. Inicialmente trató de pedir a

¹² Ver S. EVENETT, *Can developing countries benefit from WTO negotiations on binding disciplines from hard core cartels?*, UNCTAD consultant report (UNCTAD/DITC/CLP/2003/3), y OCDE, *Hard core cartels: Recent progress and challenges ahead* [CCNM/COMP/TR(2003)7].

los sospechosos de participar en el cártel que presentarán pruebas para la investigación. No obstante, como esas empresas estaban establecidas en el extranjero y la mayoría de ellas no tenía presencia jurídica en el país, la Comisión de Comercio Leal no pudo obligarlas a cumplir con estas solicitudes de información. Posteriormente, solicitó información a los organismos extranjeros encargados de la competencia que habían enjuiciado al cártel. Aunque algunos de ellos respondieron de manera positiva, la única información que proporcionaron ya era de conocimiento público¹³. Si bien se contó con una cantidad relativamente importante de información procedente del enjuiciamiento penal en Estados Unidos, esa información no bastaba para fundar un enjuiciamiento por parte de la Comisión de Comercio Leal de Corea. Ésta finalmente pudo aplicar penas a seis de las empresas extranjeras involucradas, pero sólo después de dedicar enorme tiempo y esfuerzo a la investigación.

16. En el asunto Lisina, las autoridades de Brasil tuvieron conocimiento de la investigación por una ponencia del Departamento de Justicia de Estados Unidos en un seminario. Sin embargo, sólo después de que el caso pasó a la fase de juicio y la información disponible se hizo pública pudieron las autoridades brasileñas obtener del Departamento de Justicia transcripciones de las reuniones del cártel que demostraban que América Latina y Brasil estaban incluidas en la división del mercado mundial establecida por él. Las autoridades brasileñas pudieron así seguir adelante con sus propias investigaciones y finalmente sancionar al cártel.

17. En el asunto Vitaminas, tras leer comunicados de prensa en los que se anunciaba el enjuiciamiento de este cártel en Estados Unidos, las autoridades brasileñas encargadas de la competencia comenzaron su investigación de las filiales de algunas de las empresas involucradas. No obstante, lograron escasos progresos porque como el juicio aún no se había celebrado en Estados Unidos, el Departamento de Justicia no podía dar a conocer la documentación, ya que existían restricciones en materia de confidencialidad (en parte debido al acuerdo de indulgencia concertado con una de las empresas). Sin embargo, con posterioridad algunas fuentes estadounidenses, especialmente del Departamento de Justicia, proporcionaron alguna información general de manera oficiosa (aunque el acuerdo de cooperación entre Brasil y Estados Unidos aún no se había concertado en esa época); una pista importante recibida era que el cártel de las Vitaminas funcionaba de manera muy similar al cártel de la Lisina. Las autoridades brasileñas encargadas de la competencia aún debieron realizar amplias investigaciones para obtener pruebas suficientes de que, de acuerdo con las instrucciones recibidas de sus sedes mundiales, las filiales brasileñas de esas empresas habían cartelizado el mercado brasileño y el resto del mercado de América Latina. En consecuencia, ordenaron

¹³ Ver Deuk-Soo CHANG, «Suggestions for Enhancing Effectiveness of Cooperation on Competition Law and Policy at Regional Level from Korea's Experience», en UNCTAD, *Trade and Competition Issues: experiences at regional level* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1).

que se sancionara a las empresas en cuestión, pero la resolución está aún en apelación.

18. Una importante consecuencia del caso de las Vitaminas se produjo en Estados Unidos y aclaró el alcance internacional de la legislación antimonopolio de ese país. Con arreglo a la «doctrina de los efectos», esta legislación se aplica a todo comportamiento realizado en el extranjero con la intención de producir —y que de hecho produce— algún efecto sustancial en Estados Unidos. Esta doctrina del *common law* fue confirmada por la Ley de Mejoras de la Legislación Antimonopolio (Comercio Exterior) de Estados Unidos de 1982, que estableció la norma general de que la Ley Sherman no se aplica al comercio exterior a menos que la conducta tenga un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible sobre las importaciones, el comercio interno o los exportadores estadounidenses, y que el efecto sea de un tipo considerado perjudicial en los términos de la Ley Sherman. El reciente asunto *Empagran* se planteó a raíz de acciones privadas entabladas por empresas extranjeras radicadas en Australia, Ecuador, Panamá y Ucrania, que compraban vitaminas en el extranjero a empresas productoras de vitaminas para su entrega fuera de Estados Unidos, y que se veían afectadas por el cártel. Los demandantes extranjeros (junto con compradores radicados en Estados Unidos) reclamaron a los participantes en el cártel el triple de los daños causados, en virtud de la Ley de Mejoras de la Legislación Antimonopolio (Comercio Exterior), con respecto a los precios exagerados pagados por las vitaminas en los mercados extranjeros, con el argumento de que la conducta de los demandados también había producido efectos internos que habían dado lugar a reclamaciones antimonopolio por parte de los demandantes internos, lo que hacía que el caso quedara incluido en la «excepción de daño interno» prevista en la ley mencionada. Después de una resolución de un tribunal de apelación relativa a la jurisdicción, que fue favorable a los demandantes, el asunto pasó al Tribunal Supremo. El Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (CFC) presentaron conjuntamente una comunicación *amicus curiae* (amigos del tribunal) para respaldar la petición de que se revocase la decisión (entre otras cosas aduciendo que la disuasión se vería debilitada al reducirse el incentivo que tenían las partes que adoptaban una conducta anticompetitiva de solicitar indulgencia en virtud de estos programas de amnistía de los organismos de aplicación). Los Gobiernos de Alemania, Bélgica, Canadá, Irlanda, Japón, Países Bajos y Reino Unido también presentaron comunicaciones en que instaban a que no se permitiera a sus ciudadanos omitir los sistemas que alteraban el equilibrio de los intereses que sus respectivas legislaciones antimonopolio trataban de conciliar y se socavaban sus propios programas para hacer cumplir la legislación antimonopolio y de amnistía.

19. En una decisión adoptada por unanimidad, el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo que no era razonable aplicar la legislación

antimonopolio de Estados Unidos a una conducta que se observaba sobre todo en el extranjero, si dicha conducta ocasionaba perjuicio en el extranjero y sólo ese perjuicio daba lugar a la reclamación; se revocó la decisión del Tribunal de Apelación por considerarse que era incompatible con la intención del Congreso en que se había fundado la Ley de Mejoras de la Legislación Antimonopolio (Comercio Exterior) y los principios de la cortesía prescriptiva, que aconsejaban evitar toda injerencia no razonable en la autoridad soberana de otros países¹⁴. El Tribunal Supremo rechazó el argumento de los demandantes de que autorizar a partes extranjeras a promover demandas ante los tribunales estadounidenses por daños sufridos en el extranjero por conductas anticompetitivas tendría escasas consecuencias prácticas en la observancia de la legislación antimonopolio extranjera porque muchos países habían adoptado leyes antimonopolio similares a las de Estados Unidos. El Tribunal Supremo declaró que no sólo persistían desacuerdos importantes entre los países sobre si la aplicación de las leyes antimonopolio regía para diferentes tipos de conducta comercial, sino también que, aunque coincidían con respecto a los comportamientos principales, como la fijación de precios, había desacuerdos notables en cuanto a las medidas correctivas apropiadas. El Tribunal Supremo observó, asimismo, que la aplicación del resarcimiento de daños triples por conductas anticompetitivas en Estados Unidos había generado una importante controversia en el extranjero. El Tribunal también aceptó los argumentos planteados por los acusados y en las comunicaciones *amicus curiae* sobre los posibles efectos adversos de una interpretación amplia de la Ley de Mejoras de la Legislación Antimonopolio (Comercio Exterior) en los incentivos para obtener amnistías para los cárteles. No obstante, el fallo sólo se refería a situaciones en las que la conducta anticompetitiva de forma independiente provocaba daños en el extranjero y dejó expresamente abierta la cuestión de si los tribunales de Estados Unidos serían competentes por razón de la materia cuando un demandante demostrase que los efectos internos de la conducta del acusado tenía efectos en el extranjero. Por consiguiente, el caso fue remitido a un Tribunal de Apelación para que examinara la cuestión del argumento alternativo de los demandantes extranjeros de que los efectos en el extranjero y en el país del cártel estaban vinculados porque los primeros no habrían existido «de no ser por» los efectos adversos en el país, es decir, que el aumento de los precios en Estados Unidos había hecho aumentar los precios en todo el mundo a fin de evitar el arbitraje del resto del mundo a Estados Unidos. El Tribunal de Apelación rechazó este nexo «de no ser por» porque, aunque plausible, era demasiado indirecto, ya que la Ley de Mejoras de la Legislación Antimonopolio (Comercio Exterior) exigía un vínculo causal directo entre la violación de las normas antimonopólicas y el perjuicio sufrido en el extranjero; la competencia existiría sólo cuando las denuncias de los demandantes extranjeros se basasen en los efectos en

¹⁴ F. Hoffman-LaRoche Ltd./Empagran, s. A., núm. 03-724, Estados Unidos, 14 de junio de 2004, 614/04.

Estados Unidos de la presunta conducta anticompetitiva¹⁵ El Tribunal observó que esta interpretación de la mencionada ley era conforme a los principios de la cortesía prescriptiva; otros países estaban en condiciones idóneas para decidir cómo proteger a sus ciudadanos de la conducta anticompetitiva de las empresas extranjeras.

B. ALGUNOS CASOS DEL TLCAN Y LA OMC

20. La decisión en el asunto UPS adoptada por un tribunal arbitral del TLCAN guarda relación con la condición jurídica de las obligaciones derivadas del Derecho internacional en cuanto a la política de competencia¹⁶. En ese caso, el demandante, radicado en Estados Unidos, alegó que la Canada Post Corporation (CPC), de propiedad estatal, había adoptado prácticas anticompetitivas que incluían una conducta predatoria, ventas condicionadas, subvenciones cruzadas y utilización desleal de la infraestructura y la red monopólicas de la CPC para servicios postales ordinarios a fin de comercializar sus productos en el mercado de servicios de mensajeros (en los que no tenía monopolio), con ventajas que no se hacían extensivas a la filial canadiense de UPS. En consecuencia, UPS alegaba que el hecho de que el Gobierno del Canadá no hiciera cumplir su ley para controlar la conducta anticompetitiva de la CPC había contravenido sus obligaciones dimanantes de los arts. 1.502, 1.503 y 1.105 del TLCAN¹⁷. Canadá impugnó con éxito la competencia del Tribunal fundándose en que la obligación derivada del art. 1.505 no abarcaba la reglamentación de las prácticas anticompetitivas.

21. Al resolver esta cuestión relativa al alcance de la obligación impuesta por el art. 1.505, el Tribunal tuvo que determinar si existía en el

¹⁵ Empagran, S. A./F.Hoffmann-La Roche Ltd., D. C., cir. núm. 01-7115, 28 de junio de 2005.

¹⁶ Arbitraje en virtud del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre United Parcel Services of America Inc. y el Gobierno del Canadá, Laudo sobre jurisdicción, 22 de noviembre de 2002.

¹⁷ En el art. 1.502 del TLCAN se afirma el derecho de un miembro de designar monopolios privados o públicos, con sujeción a las restricciones de que: *a*) actúen de conformidad con las obligaciones previstas en el TLCAN; *b*) actúen solamente según consideraciones comerciales en la compra o venta del bien o servicio monopolizado; *c*) otorguen trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas y a los bienes y a los proveedores de servicios al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente, y *d*) no utilicen su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en un mercado no monopolizado. De conformidad con el art. 1.503, las empresas del Estado deben actuar conforme a las obligaciones previstas en el TLCAN respecto de las inversiones y los servicios financieros y deben mantener un trato no discriminatorio en sus ventas a inversionistas o inversiones del TLCAN y a no utilizar su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en mercados no monopolizados, inclusive mediante el suministro discriminatorio de bienes o servicios, subvenciones cruzadas o fijación abusiva de precios. En el art. 1.505 se establece que cada parte concederá a las inversiones de los inversionistas de otra parte un trato de conformidad con el Derecho internacional, inclusive el trato justo y equitativo y plena protección y seguridad. En el art. 1.105 se dispone que cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra parte trato acorde con el Derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

Derecho internacional consuetudinario la obligación de prohibir o reglamentar las prácticas anticompetitivas. Con este fin se basó en las comunicaciones presentadas por Canadá, Estados Unidos y México, en las que se alegaba que había una práctica estatal insuficiente para demostrar que existía tal regla consuetudinaria; los estudios de las leyes nacionales en materia de competencia indicaban que muchos Estados carecían de las leyes correspondientes (sólo trece de treinta y cuatro países del hemisferio occidental y aproximadamente ochenta miembros de la OMC, y más de la mitad de las leyes se habían promulgado en los últimos diez años), mientras que la legislación nacional, incluida la de esos tres países, presentaba grandes diferencias que reflejaban sus propios entornos económicos, sociales y políticos. El Tribunal también se basó en otros tres argumentos: *a*) que no había ninguna indicación en ningún elemento que el Tribunal tuviera ante sí de que la legislación nacional en materia de competencia se hubiera promulgado por existir la opinión de que había una obligación jurídica internacional de carácter general; *b*) que aunque el demandante había hecho referencia a cláusulas sobre trato justo y equitativo contenidas en tratados bilaterales de inversión, no había tratado de demostrar que esta práctica estatal reflejara la existencia de una obligación jurídica internacional de carácter general que, además, guardara relación con la cuestión específica de exigir controles sobre la conducta anticompetitiva; y *c*) que los tratados multilaterales y los procesos de codificación demostraban la ausencia de normas consuetudinarias, ya que los debates realizados en el marco de la OMC mostraban que los miembros sólo ahora estaban comenzando a abordar la posibilidad de negociar normas multilaterales en esta esfera (lo que se relacionaba con la ausencia, en los tratados de la OMC, de todo conjunto general de disposiciones que prohibiera o controlara la conducta anticompetitiva), mientras que no había ninguna referencia a la reglamentación de la conducta anticompetitiva en los proyectos de artículo sobre la denegación de justicia a los extranjeros o sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros, que se habían presentado a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

22. Se puede establecer una comparación entre los asuntos *Empagran y UPS*, por una parte, y el reciente asunto *Telmex* de la OMC, por la otra¹⁸. Las reglas sobre el servicio de Larga Distancia Internacional (LDI) establecían que *Telmex* (el mayor proveedor de servicios de telecomunicaciones de México) tenía que negociar tarifas de liquidación para las llamadas entrantes con los proveedores extranjeros y aplicar esa tarifa a la interconexión del tráfico de entrada procedente de Estados Unidos; que *Telmex* tenía que ceder tráfico a los demás proveedores, o aceptar tráfico de ellos, según que su porcentaje del tráfico de entrada superase su porcentaje del tráfico de salida o fuera inferior a éste; y que con este obje-

¹⁸ Ver México. *Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, Informe del Grupo Especial de 2 de abril de 2004 (WT/DS204/R); comentario crítico de P. MARSDEN, *WTO decides its first competition case, with disappointing results*, *Competition Law Insight*, mayo de 2004.

to Telmex podía negociar con otros operadores «acuerdos de compensación financiera», que deberían ser aprobados por las autoridades mexicanas. Estados Unidos planteó una reclamación, que prosperó, ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC alegando que las tarifas de acceso no estaban basadas en el costo y que México había establecido de hecho un cártel de operadores de telecomunicaciones autorizado por el Estado, que impedía la entrada de proveedores extranjeros, contraviniendo el Documento de Referencia.

23. Las constataciones y el razonamiento del Grupo Especial se relacionaban en gran medida con la interpretación del Documento de Referencia, pero había muchas otras consideraciones que guardaban relación en general con la política de competencia. Una constatación fundamental era que el «mercado pertinente», según los términos del Documento de Referencia, era la terminación en México de las llamadas telefónicas procedentes de Estados Unidos, en consonancia con el concepto de sustitución de la demanda, que era «fundamental en el proceso de definición del mercado seguido por las autoridades de la competencia». El Grupo Especial también resolvió que la expresión «prácticas anticompetitivas» sugería en general acciones que reducían la rivalidad o la competencia en el mercado; y que los ejemplos de «prácticas anticompetitivas» que figuraban en el Documento de Referencia ilustraban determinadas prácticas que se consideraban particularmente pertinentes en el sector de las telecomunicaciones. Aunque el Grupo Especial consideraba que todas esas prácticas podían ser llevadas a cabo solamente por un proveedor principal, dicho proveedor también podía estar integrado por diferentes empresas, y esto por sí solo sugería que la coordinación horizontal de los proveedores podía ser pertinente. El Grupo Especial también razonó que el significado de la expresión «prácticas anticompetitivas» estaba informado por su utilización en la legislación de los miembros de la OMC en materia de competencia; en la nota de antecedentes de la secretaría de la OMC se indicaba que numerosos miembros de la organización habían promulgado leyes en materia de competencia y que en ellas la expresión «prácticas anticompetitivas» a menudo designaba categorías de comportamiento ilegal y que, aunque la gama de las prácticas anticompetitivas prohibidas difería según los miembros, entre las prácticas ilegales de conformidad con las leyes sobre competencia figuraban cárteles, tales como los acuerdos de fijación de precios o distribución del mercado, así como las limitaciones verticales y el abuso de una posición dominante. El Grupo Especial examinó también el panorama internacional a este respecto y observó que el significado de la expresión «prácticas anticompetitivas» y la importancia de controlarlas también habían sido informados o puestos de relieve por las disposiciones pertinentes de algunos instrumentos internacionales, como las referencias que ya figuraban en la Carta de La Habana y que ahora se incluían en el Conjunto, así como la Recomendación de la OCDE sobre los cárteles intrínsecamente nocivos que exhortaba a la prohibición rigurosa de los cárteles (esto era pertinente porque tanto México

como Estados Unidos eran miembros de la OCDE); y que en la labor del Grupo de Trabajo de la OMC se había hecho referencia a los efectos perniciosos de los cárteles intrínsecamente nocivos y al consenso que existía entre los funcionarios de los organismos encargados de velar por la competencia acerca de la necesidad de prohibirlos. En consecuencia, el Grupo Especial resolvió que el objeto y fin del Documento de Referencia apoyaba la conclusión de que la expresión «prácticas anticompetitivas», además de los ejemplos mencionados, abarcaba los acuerdos horizontales de fijación de precios y distribución del mercado concertados por proveedores que, a nivel nacional e internacional, por lo común se desalentaban o se desaprobaban.

24. En consecuencia, el Grupo Especial resolvió que las reglas LDI exigían que Telmex realizara prácticas que eran «anticompetitivas» en el sentido del Documento de Referencia. El Grupo Especial rechazó los argumentos de México de que esas medidas eran favorables a la competencia e impedían la conducta predatoria de participantes extranjeros, y que al mantener en vigor una ley sobre la competencia, se mantenían «medidas apropiadas» para prevenir las prácticas anticompetitivas. El Grupo Especial también consideró que las doctrinas nacionales en virtud de las cuales una empresa que cumpliera una prescripción legislativa concreta quedaría inmunizada contra la constatación de que hubiera violado la legislación nacional sobre competencia no eran aplicables en ese caso porque, en virtud de los principios del Derecho internacional público y de conformidad con la Convención de Viena, una exigencia impuesta por un miembro de la OMC a un «proveedor principal» de conformidad con su legislación nacional no podía erosionar unilateralmente las obligaciones internacionales asumidas en virtud de compromisos contraídos por ese miembro, incluidos en su lista, respecto de los demás miembros de la OMC, de prevenir que los proveedores principales «continúen con prácticas anticompetitivas». No obstante, el Grupo Especial declaró que, más allá de sus constataciones acerca de las prácticas horizontales de fijación de precios y distribución del mercado entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones básicas que compiten entre sí, la expresión «prácticas anticompetitivas» podía ser interpretada de manera diferente por distintos miembros de la OMC. El Grupo tomó en cuenta las disposiciones del AGCS sobre trato diferencial y más favorable para los miembros que son países en desarrollo, pero rechazó el argumento de México de que era necesario condicionar el acceso a sus redes para fortalecer la infraestructura interna de telecomunicaciones del país, como se autorizaba a los países en desarrollo en virtud del Anexo, ya que México no había incluido ninguna limitación de ese tipo en su Lista de Compromisos Específicos y no había demostrado que las disposiciones anticompetitivas de fijación de precios y reparto del mercado constituyesen condiciones «razonables» y «necesarias» para favorecer estos objetivos de desarrollo. El Grupo destacó que sus constataciones no impedían en manera alguna que México persiguiese activamente esos objetivos de desarrollo, extendiendo sus redes y

servicios de telecomunicaciones a precios accesibles de una manera compatible con los compromisos que había contraído en el marco del AGCS.

3. CONSECUENCIAS Y TEMAS PARA UN POSIBLE EXAMEN

A. ENFOQUES COMUNES Y DIFERENCIAS

25. Durante los debates sobre un posible marco multilateral en materia de competencia dentro de la OMC, Canadá sugirió que: *«Si bien la cooperación en sí puede ser voluntaria, se basa en determinados requisitos previos, en particular el de la confianza mutua. La confianza también es algo que no se puede imponer mediante acuerdo internacional, ni puede estar sujeta a reglas, pero un acuerdo internacional puede facilitar considerablemente la confianza al promover la convergencia entre los signatarios [...] El elemento clave a este respecto es fomentar que los países interesados se conozcan [...] A la larga, un acuerdo multilateral mediante el cual los países se comprometan a adoptar determinados enfoques comunes en materia de política de competencia sentaría las bases prácticas para hacer surgir la confianza al acrecentar la convergencia entre los miembros hacia las mejores prácticas en materia de competencia»*¹⁹.

26. Canadá también indicó que la Recomendación sobre los cárteles intrínsecamente nocivos no tomaba una postura sobre si la legislación en materia de competencia en esa esfera debía basarse en prohibiciones propiamente dichas o en un criterio de razonabilidad, o debía imponer un marco jurídico civil o penal con respecto a la observancia, las sanciones o las multas, que eran cuestiones que habían de ser decididas por las autoridades nacionales; y que, en el curso de las negociaciones sobre la Recomendación, se había intentado definir los cárteles intrínsecamente nocivos de manera más detallada, pero se había abandonado este enfoque porque podía llevar a la elaboración de normas comunes, mientras que las necesidades y las circunstancias de los países miembros no eran idénticas, y un enfoque armonizado de ese tipo podría haber servido de base para determinar si la legislación de un miembro se ajustaba a la Recomendación²⁰. Asimismo, la República de Corea sugirió que, aunque la definición de cártel del Conjunto y de la Recomendación no diferían mucho en lo sustancial, era posible que el alcance de la primera fuera más amplio, ya que no formulaba explícitamente exenciones o autorizaciones y abarcaba explícitamente acuerdos anticompetitivos como las negativas colectivas a

¹⁹ Ver el documento de la OMC de 2 de julio de 2001 (WT/WGTCP/W/174), en el que figura la comunicación de Canadá al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia.

²⁰ Ver el documento de la OMC de 12 de agosto de 2002 (WT/WGTCP/W/201), en el que figura la comunicación de Canadá al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia.

comerciar o el rechazo colectivo a la participación en una asociación, así como los acuerdos de fijación de precios «incluso con respecto a las importaciones y exportaciones»; no obstante, también se indicaba en este documento que «no se debe interpretar que en el Conjunto se excluyen otras formas de cárteles que no están incluidas en la lista, ni que en la Recomendación necesariamente se excluyen ciertas formas o tipos de cárteles, con inclusión de los cárteles de exportación o importación»²¹. En un reciente informe de la RIC se señala que, si bien la interpretación básica de lo que constituye un cártel, sus efectos nocivos y la prioridad que se debe asignar a combatirlos es notablemente uniforme en todas las jurisdicciones, hay algunos enfoques diferentes de la definición y la aplicación de la prohibición de los cárteles, en particular sobre si se debe o no enumerar específicamente las conductas prohibidas, el alcance de las exenciones de la ley, si se deben incluir las conductas verticales y el nivel de prueba necesario para establecer una violación²².

B. COOPERACIÓN SOBRE LOS CASOS, CONFIDENCIALIDAD E INDULGENCIA

27. Refiriéndose al caso Lisina y a casos similares, las autoridades de Brasil indicaron que: «Pese a la firma del acuerdo internacional entre las autoridades brasileñas y estadounidenses, la fuente más valiosa de cooperación internacional sigue siendo la informal»²³. Por otro lado, el antiguo jefe de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia indicó que, en el curso de la investigación de los casos de los cárteles internacionales Lisina y Ácido cítrico, el Departamento de Justicia no pudo compartir las pruebas descubiertas con relación a otros países, ya que esos países no habían firmado acuerdos de cooperación antimonopolio con Estados Unidos²⁴. En realidad, un país en desarrollo ha expresado apoyo a los acuerdos bilaterales de cooperación para la aplicación de las políticas de la competencia celebrados con países desarrollados, ya que operaban en su territorio muchas empresas comerciales extranjeras o filiales de empresas extranjeras originarias de países desarrollados y en algunos casos era necesario convocarlas para que respondieran a denuncias o prestaran testimonio²⁵; también se han señalado más atrás las dificultades que ha experimentado la República de Corea debido a que los participan-

²¹ Ver el documento de la OMC (WT/WGTCF/w/225) en el que figura la comunicación de Corea al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, cárteles intrínsecamente nocivos y cooperación voluntaria: cuestiones de observancia de orden conceptual y práctico.

²² Ver ICN Working Group on Cartels, «Defining Hard Core Cartel Conduct - Effective Institutions - Effective Penalties», en *Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regime*, vol. 1.

²³ Ver EVENETT, *op. cit.*

²⁴ Ver «A note of caution with respect to a WTO agenda on competition policy», alocución pronunciada por J. L. KLEIN ante el Instituto Real de Asuntos Internacionales, Londres, 18 de noviembre de 1996 (mimeo).

²⁵ Comunicación del Gobierno de Indonesia.

tes en los cárteles no tenían sucursales en el país²⁶. Asimismo, en un informe de la OCDE se sugiere que *«la experiencia de Corea en el caso Electroodos de grafito pone de manifiesto las dificultades a las que puede enfrentarse un país que no obtiene la cooperación de uno de los conspiradores en un caso de cártel internacional. Corea también se ha visto afectada por la idea de que es en cierta medida un país en desarrollo y de que carece de experiencia sustancial en la aplicación de la legislación en materia de competencia»*²⁷. Refiriéndose también a los casos Electroodos de grafito y Vitaminas, el informe indica que: *«Es de suponer que estas confabulaciones afectaron a muchos países en todo el mundo, o a la mayoría de ellos, aunque los procedimientos se iniciaron sobre todo, si no exclusivamente, en países de la OCDE [...] La cooperación internacional entre los organismos encargados de la competencia se limitó en gran medida al intercambio de información pública, lo que, para los países que no contaban con la cooperación de una o más partes en el cártel, no bastó para fundar una acción judicial [...] El éxito de los procedimientos en algunos países dependió directamente de los programas de indulgencia, pero una característica importante y bastante necesaria de esos programas —la estricta confidencialidad de la información derivada de una solicitud de indulgencia— impidió que esos pocos países compartiesen la información con sus homólogos extranjeros. Además, sólo unos pocos países se beneficiaron de programas de indulgencia. La coordinación de estos programas sería difícil, pero podría aumentar sustancialmente la cooperación contra los cárteles internacionales. La red de relaciones de cooperación bilateral y multilateral está aumentando, aunque muchos países siguen sin participar en ellas o en muchas de ellas, y por ello tienen menos posibilidades de beneficiarse de la cooperación internacional. Quizás el obstáculo más importante para la mejora de la cooperación son las limitaciones, justificadas en cierta medida, que afectan a la divulgación de información confidencial o protegida, obtenida en el curso de una investigación en materia de competencia»*.

28. Por el contrario, se ha sugerido que cuanto más internacional es un cártel y mayor el número de jurisdicciones que podrían castigarlo, menos incentivos habría para que sus participantes aprovecharan los programas nacionales de indulgencia²⁸. De hecho, en Estados Unidos el éxito del programa de indulgencia del Departamento de Justicia depende cada vez más de que los que deseen acogerse a él reciban garantías comparables de que no serán procesados o de que se aplicarán penas limitadas en otras jurisdicciones; por consiguiente, se ha recomendado que el Departamento de Justicia siga promoviendo enérgicamente las normas internacionales que pueden favorecer la eficacia de todos los programas de indulgencia y den todos los incentivos posibles para que particulares y

²⁶ Ver también Deuk-Soo CHANG, *op. cit.*

²⁷ Ver CCNM/COMP/TR(2003)7.

²⁸ Ver M. HVIID y A. STEPHAN, «Leniency Undermined?» (mimeo), Centre for Competition Policy, University of East Anglia.

empresas comuniquen sus propias conductas ilícitas²⁹. También cabe destacar en este sentido que muchos cárteles internacionales descubiertos en los últimos años por los organismos antimonopólicos federales de Estados Unidos han celebrado sus reuniones en terceros países en un intento de sustraerse al procesamiento por dichas autoridades; además, se ha insinuado que se plantean inquietudes similares respecto de otros países que imponen penas más estrictas y fortalecen la lucha contra los cárteles³⁰. Se han hecho dos propuestas con objeto de superar esas dificultades relacionadas con los acuerdos de indulgencia y la aplicación: *a)* el ofrecimiento de programas de indulgencia a los miembros de cárteles en varias jurisdicciones a cambio de información sobre sus actividades en ellas; y *b)* la concesión a una empresa que obtiene una amnistía de una autoridad encargada de la competencia de otro miembro de la OMC de un trato similar si la empresa presenta la información facilitada a la primera autoridad y si facilita más información y la ayuda necesaria para garantizar un procedimiento judicial en la segunda jurisdicción³¹. En ese mismo informe se recalca que la concertación de un acuerdo internacional vinculante sobre la promulgación de una legislación en materia de cárteles y la determinación de las normas mínimas de aplicación en relación con los cárteles en cada jurisdicción tendría efectos secundarios positivos en otras jurisdicciones, ya que: *a)* el anuncio público en un país de acciones coercitivas en relación con los cárteles tiende a provocar el inicio de investigaciones por parte de los interlocutores comerciales, que se benefician, por lo tanto, de la aplicación activa de la legislación en el extranjero, y puede que esos beneficios vayan aumentando a medida que se intensifica la cooperación formal e informal entre las autoridades encargadas de la competencia; y *b)* las investigaciones en materia de cárteles dependen de la obtención de los testimonios y la documentación pertinentes y, en la medida en que un cártel internacional oculta esa documentación en una jurisdicción que no puede o no desea cooperar con las investigaciones extranjeras sobre las actividades del cártel, las acciones de esta jurisdicción repercuten negativamente en los intereses de sus interlocutores comerciales. En el informe se propone, por lo tanto, que un acuerdo internacional puede contribuir a eliminar en cierta medida los refugios seguros para los cárteles nacionales e internacionales.

29. Por otro lado, Trinidad ha planteado la cuestión de si las economías más pequeñas serán capaces de disciplinar eficazmente a las grandes empresas multinacionales, habida cuenta de la asimetría de poder; en consecuencia, ha sugerido que es necesario descubrir medios nuevos y creativos para ayudar a los países en desarrollo, y en particular a las economías

²⁹ Ver American Bar Association Section of Antitrust Law, *The State of Federal Antitrust Enforcement*, 2004 (http://www.abanet.org/antitrust/comments/2004/state_of_fed_enforc.pdf).

³⁰ Ver W. KOLASKY, *Criminalizing Cartel Activity: Lessons from the US Experience*, address to the Global Competition Law Centre (<http://gclc.coleurop.be/documents/Kolasky%20-%20criminalizing%20cartel%20activity%2008-04.pdf>).

³¹ Ver EVENETT, *op. cit.*

más pequeñas, a sacar provecho de un régimen de competencia por lo que respecta a las cuestiones transfronterizas³². Igualmente, se ha sugerido que las pequeñas economías no siempre pueden amenazar de manera verosímil con prohibir una fusión o un cártel de exportación de empresas extranjeras. En efecto, dado que el comercio en esas economías representa por lo general sólo una pequeña parte de las operaciones internacionales totales de la empresa extranjera, si se le aplican limitaciones significativas a su conducta, la empresa decidirá en la mayoría de los casos abandonar esa pequeña economía, lo que tendría, en definitiva, consecuencias sociales negativas. Asimismo, puede que se produzca una resistencia política por parte de los países de origen de esas empresas extranjeras³³. En ese mismo informe se sugiere que las normas armonizadas que se basan para su aplicación en medidas unilaterales adoptadas por la jurisdicción perjudicada serían desfavorables para las economías pequeñas y no responderían a sus preocupaciones sobre la conducta extraterritorial con efectos negativos en sus mercados nacionales, de manera que esas normas armonizadas deberían incluir una norma que impidiera todos los cárteles de exportación. En el curso de las deliberaciones de la RIC, los oradores de países en desarrollo recomendaron que sería beneficioso para los países de esa categoría que el Grupo de Trabajo sobre los cárteles diese prioridad en sus actividades a las cuestiones relacionadas con el intercambio de información y que debería examinar la función y la condición jurídica de los cárteles de exportación³⁴. Cabe señalar a este respecto que desde hace tiempo se recomienda que todos los países revoquen la inmunidad que conceden a los cárteles de exportación, ya que ese comportamiento sería ilícito si estuviera dirigido al mercado interno³⁵, o que los cárteles de exportación se prohíban a menos que demuestren que pueden servir para superar una auténtica barrera a la competencia en el país importador o puedan invocar razones de eficiencia³⁶. No obstante, como se ha señalado en el caso Empagran, los países afectados por los cárteles internacionales pueden mostrarse reticentes a aplicar sanciones o leyes extranjeras a esos cárteles. Además, incluso a falta de exclusiones explícitas, el alcance de la legislación en materia de competencia no abarca por lo general las prácticas que afectan únicamente a los mercados extranjeros.

³² Ver el documento de la OMC de 2 de agosto de 2000 (WT/WGTCP/W/143), en el que figura la comunicación de Trinidad y Tobago al Grupo de Trabajo sobre la interacción entre comercio y política de competencia.

³³ Ver el documento CCMN/GF/COMP/WD(2003)42, «Competition policy in small economies», presentado por M. GAL en el Foro Mundial de la OCDE sobre la Competencia.

³⁴ Ver S. EVENETT y M. GAL, *A Report on the Third Annual Conference of the International Competition Network*, 2004.

³⁵ Ver American Bar Association, *Special Committee Report on Antitrust*, 1991.

³⁶ Ver el documento de la OCDE, *Obstacles to Trade and Competition*, París, 1992.

C. TEMAS PARA UN POSIBLE EXAMEN

30. Si bien algunas de las observaciones o sugerencias mencionadas se refieren a un posible marco multilateral en materia de competencia dentro de la OMC, éstas pueden aplicarse a las disposiciones de otros posibles instrumentos multilaterales, así como a acuerdos bilaterales y regionales. Por lo tanto, en esta sección se proponen algunos temas y cuestiones que pueden considerar la Conferencia de Examen y el Grupo de Expertos en futuros períodos de sesiones para determinar el modo en que los posibles acuerdos internacionales sobre competencia pueden aplicarse a los países en desarrollo, en particular mediante un trato preferencial o diferenciado.

31. Sobre la base de importantes iniciativas en materia de aplicación, en algunos casos acompañadas de una cooperación oficiosa, el organismo de defensa de la competencia de Brasil (que es uno de los más experimentados de los países en desarrollo) y su par de la República de Corea han logrado algunos resultados favorables al tomar medidas contra cárteles internacionales que los afectaban. Sin embargo, la mayor parte de la cooperación internacional registrada en dos de estos casos de cárteles se limitó a intercambiar información que era de dominio público y que era insuficiente para sustentar procesos en que los organismos de defensa de la competencia no contarán con la cooperación de una o más partes en el cártel³⁷. La República de Corea experimentó estas dificultades a pesar de que, como miembro de la OCDE, ha adoptado todas las recomendaciones pertinentes de esa organización sobre la cooperación en este ámbito, en particular la relativa a los cárteles intrínsecamente nocivos y la recomendación revisada del Consejo de la OCDE respecto de la cooperación entre los Estados miembros sobre prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional³⁸. En años recientes ha celebrado varios acuerdos de cooperación para la aplicación de la normativa y acuerdos de libre comercio en que se disponen diferentes grados de cooperación; ninguno de ellos (como la mayoría de los acuerdos) contienen disposiciones sobre el intercambio de información confidencial, cuya falta se ha señalado como obstáculo para una adecuada cooperación para la aplicación³⁹. Por consiguiente, los gobiernos pueden considerar conveniente examinar las funciones relativas y la importancia de los acuerdos vinculantes frente a la cooperación informal y los esfuerzos nacionales en materia de observancia al abordar las diferentes dificultades para la aplicación con que tropiezan los países en desarrollo en casos de prácticas comerciales restrictivas con elementos internacionales. En aquellos casos, por ejemplo, en

³⁷ Ver Deuk-Soo CHANG, «Suggestions for Enhancing Effectiveness of Cooperation on Competition Law and Policy at Regional Level from Korea's Experience», en UNCTAD, *Trade and Competition Issues: experiences at regional level* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1).

³⁸ Adoptadas los días 27 y 28 de julio de 1995 (C(95)130/FINAL).

³⁹ Ver Deuk-Soo CHANG, *op. cit.*

que el organismo de defensa de la competencia de un país en desarrollo con experiencia, recursos, instrumentos jurídicos o poder de negociación limitados desea convocar a empresas con sede en el extranjero o filiales de empresas extranjeras para que respondan a las denuncias o presten testimonio, o desea detectar si esas firmas han recurrido a prácticas anticompetitivas, o desea aplicar recursos o sanciones a esas entidades, ¿qué técnicas de aplicación de la ley podría utilizar de forma realista, y qué tipo de asistencia técnica podría serle de utilidad con tal fin? ¿Qué tipo de cooperación oficiosa (incluida la provisión de qué tipo de información no confidencial) tendría fácilmente a su disposición o podría necesitar de otros organismos de defensa de la competencia en esas situaciones, y en qué medida sería suficiente para corregir esos problemas de aplicación de la ley? ¿Para qué tipo de problema sería necesario que los países en desarrollo celebrasen acuerdos vinculantes en este terreno con otros países, y qué tipos de disposiciones de esos acuerdos serían realmente útiles para tratar de solucionar esos problemas? ¿Hasta qué punto y en qué condiciones estarían dispuestos otros países a firmar acuerdos de cooperación con países en desarrollo en que se disponga, por ejemplo, que se deberán notificar las actividades anticompetitivas que afectan a un país en desarrollo aun cuando no se haya violado de ninguna manera la legislación del país notificante, o que se deberá prestar asistencia para las investigaciones o intercambiar información confidencial a reserva de las salvaguardias correspondientes? Cabe recordar en este sentido que en el párrafo E.4 del Conjunto de Principios y Normas se dispone que los Estados deberían procurar adoptar las medidas correctivas o preventivas adecuadas para impedir o controlar el uso de prácticas comerciales restrictivas dentro del ámbito de su competencia, o ambas cosas, cuando comprueben que tales prácticas afectan desfavorablemente al comercio internacional, y en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo; y en el párrafo E.9 se establece que los Estados deberían, cuando se les pida, o por propia iniciativa cuando comprendan que ello es necesario, proporcionar a otros Estados, particularmente en el caso de los países en desarrollo, la información disponible públicamente y, en la medida en que sea compatible con su legislación y con su política oficial establecida, la demás información que necesite el Estado receptor interesado para el control eficaz de las prácticas comerciales restrictivas.

32. Existe una importante cooperación procesal en la política de la competencia, principalmente entre algunos países o regiones desarrollados, a pesar de las significativas diferencias entre sus enfoques de fondo; no resulta claro en qué medida los compromisos esenciales contenidos en acuerdos vinculantes han sido condiciones previas para dicha cooperación. Por su parte, en varios acuerdos de libre comercio y acuerdos de asociación económica, sobre todo entre países desarrollados y en desarrollo (incluidos los examinados en el presente informe), se incluyen compromisos de fondo de diferentes tipos y grados en el ámbito de la política de la competencia; tampoco queda claro en qué medida esos compromi-

Los países han favorecido hasta el presente la cooperación en los procesos sobre asuntos de competencia. Podría ser necesario aclarar, por ejemplo: *a*) si la especificación de normas mínimas para la prohibición de los cárteles y/o la aplicación en un acuerdo internacional (de manera de abordar las divergencias que existen en la actualidad) podría ayudar a las autoridades de defensa de la competencia de los países en desarrollo a identificar cárteles nacionales o internacionales y a aplicar medidas en su contra, teniendo en cuenta los recursos y los conocimientos disponibles, el posible interés de los participantes en esos cárteles en acogerse a los programas de indulgencia de los países en desarrollo, la posible disponibilidad de documentos importantes o de testigos potenciales en los países en desarrollo y los medios para acceder a ellos, la capacidad de los países en desarrollo de aplicar su legislación fuera de sus fronteras, y el poder de negociación frente a las grandes empresas; y *b*) si una disposición de un acuerdo de libre comercio en que se disponga la no discriminación en la política de la competencia realmente serviría para impedir la discriminación en la práctica o si, por el contrario, podría alentar las denuncias de discriminación contra las autoridades de defensa de la competencia carentes de experiencia. Por consiguiente, los gobiernos pueden estimar conveniente examinar: la magnitud, el grado y la especificidad de los compromisos esenciales en los posibles acuerdos internacionales respecto del contenido o la aplicación de la legislación nacional; las divergencias concretas en los criterios de la política de la competencia que disuaden (o podrían disuadir) qué tipos de cooperación sobre procedimientos en qué tipos de casos; en qué medida los compromisos de fondo podrían lograr promover la convergencia en la práctica y al mismo tiempo dar a los países en desarrollo los medios para hacer frente a sus problemas de aplicación más eficazmente; por el contrario, hasta qué punto la falta de esos compromisos de fondo o su carácter limitado podrían tener un efecto adverso sobre la confianza mutua y la cooperación internacional (existan o no divergencias importantes de enfoque); y la asistencia técnica adecuada para ayudar a los países en desarrollo a cumplir con los compromisos de fondo o a poner en marcha una cooperación en materia de procesamiento. Esas deliberaciones podrían tener en cuenta: el contenido de las disposiciones de fondo incluidas en los instrumentos internacionales vigentes; las vinculaciones o los equilibrios entre esas disposiciones de fondo; la cooperación sobre procedimientos en casos específicos y la solución de controversias; la experiencia adquirida hasta la fecha en la interpretación jurídica y la aplicación de las disposiciones de fondo y sobre procedimientos de dichos instrumentos internacionales; los enfoques comunes y las divergencias en las políticas de la competencia que se aplican actualmente a nivel nacional y regional (en particular, sobre las excepciones y exenciones), y las posibles tendencias futuras al respecto; y la falta de experiencia, conocimientos y poder de negociación de muchos países en desarrollo en esta esfera. Cabe recordar en este sentido que en el párrafo 8 del Consenso de São Paulo se establece lo siguiente: *«Corresponde a cada Gobierno evaluar si resulta más beneficioso acep-*

tar las normas y compromisos internacionales a cambio de las limitaciones que suponen por la pérdida de espacio normativo. Es particularmente importante para los países en desarrollo, teniendo presente las metas y objetivos de desarrollo, que todos los países tengan en cuenta la necesidad de un equilibrio adecuado entre el espacio normativo nacional y las disciplinas y compromisos internacionales».

33. Los Gobiernos también pueden estimar necesario examinar a qué iniciativas podría recurrirse para derribar los obstáculos a la cooperación internacional que surgen de las limitaciones sobre la confidencialidad y los posibles desincentivos a las empresas para que comuniquen sus propias prácticas a fin de beneficiarse de los programas nacionales de indulgencia (porque esos programas no los pondrían al abrigo de una aplicación internacional más generalizada y efectiva); o por el contrario, si los incentivos para que los países con una aplicación eficaz en este ámbito colaboren con países que tienen sistemas de aplicación menos eficaces (principalmente los países en desarrollo) se intensificarían porque el éxito de los programas nacionales de indulgencia dependen cada vez más de que los que deseen acogerse a ellos reciban garantías comparables de que no serán procesados o de que se aplicarán penas limitadas en otras jurisdicciones; si el hecho de que, al parecer cada vez con más frecuencia, los cárteles internacionales celebran sus reuniones en países que no tienen un sistema eficaz de aplicación de la normativa anticártel podría servir de incentivo adicional para fortalecer la cooperación internacional; y qué iniciativas podrían adoptarse en materia de asistencia técnica, condiciones adecuadas en los acuerdos de cooperación o la colaboración respecto de los programas de indulgencia para que los incentivos sean realmente eficaces.

34. Otras cuestiones que los Gobiernos pueden examinar son: qué posibilidades y condiciones existirían para aplicar las leyes de la competencia a las prácticas comerciales restrictivas que afectan a los mercados extranjeros, en particular en situaciones en que existen vínculos entre los efectos internos y externos de dichas prácticas; e incluso en situaciones en que podría no ser posible demostrar esos vínculos, en qué medida los países con más experiencia en esta esfera podrían estar aún dispuestos a tomar medidas de aplicación para ayudar a los países en desarrollo a la luz del párrafo E.4 del Conjunto. Como se señaló más atrás, en el caso Empagran, varios países desarrollados lograron oponerse a la intervención de los tribunales estadounidenses respecto del daño sufrido por los mercados de estos países a raíz de las actividades de un cártel internacional, aduciendo que se verían socavados sus propios programas de aplicación de la Ley antimonopolios y de sus programas de amnistía. Conveniría aclarar si los países en desarrollo con sistemas de ejecución menos eficaces en este ámbito se opondrían o aceptarían de buen grado la intervención de países con más experiencia respecto de las prácticas comerciales restrictivas que emanan de terceros países y que afectan a los merca-

dos de los países en desarrollo. Ya se han señalado algunas propuestas contenidas en informes de la OCDE sobre cómo podría tratarse la cuestión de los cárteles de exportación. Al respecto cabe recordar también que en el párrafo C.7 del Conjunto, que se ocupa del trato preferencial o diferencial a favor de los países en desarrollo, se dispone que, a fin de asegurar su aplicación equitativa, los Estados, en particular los de los países desarrollados, deberían tener en cuenta, al controlar las prácticas comerciales restrictivas, las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados, especialmente para los fines de los países en desarrollo en cuanto a fomentar el establecimiento o desarrollo de industrias nacionales y el desarrollo de otros sectores de la economía y favorecer su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o globales entre países en desarrollo.

35. Los Gobiernos también podrían determinar cómo favorecer la cooperación entre los países en desarrollo en el ámbito de la política de la competencia, a la luz de los párrafos C.7 y E.7 del Conjunto (este último contiene disposiciones sobre la cooperación regional y subregional en este terreno mediante el intercambio de información sobre prácticas comerciales restrictivas o sobre la aplicación de leyes de control de dichas prácticas, y mediante una asistencia mutua respecto de dicho control)⁴⁰; y cuál sería para la UNCTAD la mejor manera de aplicar el párrafo 104 del Consenso de São Paulo (en que se dispone que la organización debería potenciar aún más la labor analítica y las actividades de fortalecimiento de la capacidad para ayudar a los países en desarrollo en cuestiones relacionadas con el Derecho y la política de la competencia, inclusive a nivel regional), teniendo en cuenta cómo se podría mejorar la coordinación del trabajo de los diversos órganos internacionales en esta esfera.

36. Hasta la fecha, el Conjunto de Principios y Normas es el único instrumento multilateral con carácter universal en el ámbito del Derecho y la política de la competencia que define normas comúnmente acordadas en esta esfera. Aunque no es jurídicamente vinculante, tiene la autoridad y la legitimidad política de una resolución de la Asamblea General aprobada por unanimidad. La Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar el Conjunto, que se celebró en 2000, reafirmó su validez, pidió a todos los Estados miembros que aplicaran sus disposiciones y reafirmó también la función básica del Derecho y la política de la competencia para un sólido desarrollo económico. Por lo tanto, todo examen de las cuestiones antes mencionadas debería tener debidamente en cuenta las disposiciones del Conjunto; éste podría utilizarse como guía o marco en relación con la forma en que los posibles acuerdos internacionales en materia de competencia podrían aplicarse a los países en desarrollo (en particular, mediante el trato preferencial o diferencial). También han de tenerse en cuenta, cuando proceda, las disposiciones pertinentes de los acuerdos de la OMC, sobre todo las disposiciones relacionadas con el trato

⁴⁰ Ver TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.3.

especial y diferenciado y los esfuerzos que se están realizando por fortalecerlas y hacerlas más precisas, efectivas y operativas. Ese examen puede ayudar a aumentar la coherencia y la coordinación entre las legislaciones internas y los distintos niveles o formas de cooperación internacional en esa esfera. También podría contribuir a la elaboración y presentación permanente de tipos de disposiciones comunes que se incluirían en acuerdos de cooperación internacionales, en particular de carácter bilateral y regional, sobre política de la competencia y su aplicación.

THE COMPETITION PRINCIPLE AS A GUIDELINE FOR LEGISLATION AND STATE ACTION. THE RESPONSIBILITY OF POLITICIANS AND THE ROLE OF COMPETITION AUTHORITIES *

Ladies and Gentlemen,

Thank you for inviting me to address you today. Particular thanks are due to our kind hosts, Dr. Böge and all our colleagues from the Bundeskartellamt. It really is my pleasure to be here for the 12th International Conference on Competition. And the role of every single one of the competition authorities represented here today has never been more important.

We all know the realities of our globalised environment; and the opportunities —and the challenges— global market brings. We all recognise the need for unceasing vigilance and constant innovation if the potential of these markets is to be released to deliver growth and jobs worldwide.

Competition is the natural ally of competitiveness and therefore at the heart of any economic growth agenda. Competition makes companies stronger and ensures that they grow in a sustainable manner through improving their efficiency and innovating, all of which ultimately benefits the end-consumer.

That is why we in Europe have put a proactive competition policy at the heart of our renewed Lisbon agenda for growth and jobs. That means not only the enforcement of competition law against undertakings, but also more proactive competition advocacy and the firm application of the competition rules to legislation and State action.

Both the European Commission and the European national competition authorities have important roles to play in this regard. I would also add that I think that the experience we are building up in advocating competition principles could be interesting for those outside Europe too.

* Neelie KROES, Member of the European Commission in charge of Competition Policy 12th International Conference on Competition, Bonn, 6 de junio de 2005 (SPEECH/05/324).

COMPETITION ADVOCACY

I would like to start by saying a little more about what I mean by proactive competition advocacy. It is essentially a toolkit which can improve the overall quality of legislation, and help make it more sensitive to competition concerns.

COMPETITION SCREENING OF LEGISLATIVE PROPOSALS

One of the key advocacy tools we are starting to use in Europe is competition screening of legislation. Our aim is to improve the quality of regulation and make it as competition friendly as possible. At European level the European Commission will routinely examine draft legislation to assess its impact on competition in the internal market.

Many different types of legislation may have an impact on competition. These include liberalisation measures, industrial policy measures and internal market legislation, as well as consumer protection rules and intellectual property rights. Of course, these measures pursue their own legitimate policy objectives, and it is a normal and inevitable part of responsible policy making to weigh the pros and cons of every policy option. We just want to make sure that competition principles are part of the balancing act alongside other concerns, whether they be industrial, environmental or social. The Commission has therefore made a clear commitment to improving regulation at EU level by basing its policy choices on better, evidence-based analysis of the impacts of each policy option.

To this end, competition testing is being included in the Impact Assessment the Commission undertakes on EU legislative and regulatory proposals. The aim is to ensure that the policy options retained are those which are as favourable as possible to the structure and parameters of competitive markets, whilst achieving the primary policy objectives necessary in whichever policy field is concerned. In short, our approach to EU policy-making should mean that there are no surprises, no unexpected or underestimated side-effects on competition.

We think this can really help improve the quality of European legislation and regulation, and we would also encourage competition national legislators to think about applying similar cross-cutting analysis as part of their own decision-making process.

SECTOR INQUIRIES

In parallel, in the coming days, I will propose that the Commission adopts the decisions necessary to launch comprehensive inquiries in two

key sectors which are highly relevant for economic growth and better jobs. The powers needed to undertake these inquiries were provided for in Regulation 1/2003, allowing the Commission to conduct investigations in sectors where competition does not appear to be functioning as well as it might.

Europe has already achieved a great deal in creating the single market, but there is still evidence that barriers remain. These are hurdles which prevent the full exploitation of the potential of our unified market, both by businesses and by consumers. We therefore intend to use these sectoral investigations to identify any significant barriers to competition, including regulatory barriers. In a first stage, we will focus work on financial services and the energy sector, more specifically gas and electricity. These are both areas which are key to the efficient operation of many other economic activities.

The final results of our work will probably be available from 2006. Where we find obstacles to competition — be it regulation, State aid, private barriers — we will go on to propose solutions, working closely with national administrations, regulatory bodies and competition authorities.

COMPETITION ADVOCACY AT WORK — THE LIBERAL PROFESSIONS

I am confident that both the initiatives I have described will help us to identify regulatory and other barriers to competition and ways to prevent or address them.

One sector in which the Commission has already taken steps to look at regulation in the light of competition principles is the liberal professions. Professional services have an important role to play in improving the competitiveness of the European economy, but they tend to be subject to high levels of State regulation and self-regulation across the EU. These rules concern both access — i.e. who can supply certain services — and conduct — i.e. how certain services can be supplied.

Following an information-gathering and consultation exercise, in February 2004 the Commission published a report on competition in professional services. The report invited the regulatory authorities in the Member States and professional bodies to review existing rules, looking at whether they are indeed necessary and proportionate to achieve public interest objectives and the proper practice of the profession.

That process is still underway, and I look forward to reporting on the progress achieved later this year. And, in addition to these advocacy measures, I am also considering taking further enforcement action in this field, under the Commission's powers to apply the competition rules to undertakings.

ENFORCING COMPETITION PRINCIPLES

I have talked a lot so far about the Commission's role in promoting competition. But our Member States are under a formal obligation to comply with competition principles. When it comes to the effective and consistent enforcement of the competition rules, the European Competition Commissioner cannot do it effectively alone!

The authors of the EC Treaty, back in 1957, were aware that State measures would constitute the single most important obstacle to the establishment of a functioning common market in Europe. That is why they set out the "four freedoms" – to combat obstacles to cross-border trade resulting from State legislation and regulation.

And they also made sure that the Treaty provides tools to tackle State measures that have a direct impact on competition between undertakings. As a result, there are a number of ways in which distortions of competition resulting from national legislation or from the actions of public authorities can be tackled under the EC Treaty. I would like to take a few minutes to review each in turn.

ARTICLE 10, IN CONJUNCTION WITH ARTICLES 81 AND 82 OF THE EC TREATY

First, States are subject to obligations under Article 10 of the EC Treaty, combined with Articles 81 or 82. Article 10 obliges Member States to abstain from any measure that could jeopardise the attainment of the objectives of the Treaty, one of which is to ensure that competition is not distorted. The European Court of Justice has concluded from this that Member States are prohibited from introducing State measures which may deprive Articles 81 and 82 of their useful effect.

These provisions can be invoked defensively by companies in the context of competition proceedings before national courts. They can of course be enforced by the European Commission. And in September 2003 the European Court of Justice greatly enhanced the powers and responsibility of the national competition authorities to apply these provisions too. The «Consorzio Industrie Fiammiferi» anti-trust case concerned national legislation establishing a professional body for match manufacturers, and governing the production and sale of matches in Italy. This legislation included, or at least facilitated, an anti-competitive system of production quotas. The Court ruled that where anti-competitive conduct by undertakings is required or facilitated by national legislation, a national competition authority has the *duty* to disapply the national legislation on the grounds that it is contrary to Article 10 of the EC Treaty, read in conjunction with Article 81.

I welcome the fact that the Court has made so very clear that national competition authorities have a fundamental role — alongside national judges and the European Commission — in making sure that national legislation complies with competition principles.

ARTICLE 86 OF THE EC TREATY

A second, more specific, instrument to ensure that States comply with competition principles, is Article 86 of the EC Treaty. This sets out provisions concerning undertakings which are State controlled or which hold a State-granted monopoly or special rights. States may not take any measure — including legislative measures or regulatory acts such as the award of a licence — which would allow or encourage such undertakings to violate Article 81 or 82 of the EC Treaty. There is no prohibition of monopolies or special rights as such — except where the award of such a right will inevitably result in an abuse or expansion of dominant position by the undertaking concerned.

Article 86, paragraphs 1 and 2, are directly applicable provisions which can be applied by the national courts. Paragraph 3 of the article grants the Commission wide-ranging powers of enforcement, allowing us to adopt decisions or directives requiring Member States to bring their actions or legislation in line with competition principles. In the past we have used such directives to push through liberalisation in the telecommunications sector and to create rules on transparency of financial relations between Member States and public undertakings.

We have only rarely applied Article 86 in individual cases. One recent example is the Deutsche Post case. Deutsche Post's actions were based on a provision of the German postal legislation which induced the undertaking — which enjoys exclusive rights to clear, sort, transport and deliver letters weighing less than 100 grams — to abuse its dominant position, contrary to Article 82. The investigation was carried out in very close cooperation, via the European Competition Network, between the Commission and the Bundeskartellamt, which itself had received an antitrust complaint in parallel. It was agreed that the most effective and efficient way forward would be for the Commission to finalise its Article 86 procedure and for the Bundeskartellamt to then adopt a decision based on Article 82. The combined proceedings complemented each other in order to achieve a swift remedy.

Finally, it is worth recalling that Article 86 can also be used in conjunction with the European rules on state aid, as concerns services of general economic interest, to the extent that it does not obstruct the performance of these tasks. Contrary to what is sometimes said, the European competition rules do not hinder the proper functioning of these services. Nor do they

affect the prerogative and responsibility of national, regional or local authorities to define, organise, finance and monitor public services.

The Commission's established policy is not to restrict the financing of companies in charge of public service obligations. But we do ensure that this financing is really necessary and does not lead to undue distortions of competition, notably through over-compensation. That is where the rules on transparency of financial relations between states and undertakings, to which I referred a moment ago, become important, because they allow us to identify the amounts of compensation paid.

The environment in which the Commission pursues this policy has recently changed, following the July 2003 judgment in the Altmark case. The Court ruled that unless four specific criteria are fulfilled, compensation for services of general economic interest constitutes state aid and needs to be notified. Failure to notify would result in the illegality of the aid paid.

The Commission therefore brought forward draft proposals clarify how the state aid rules apply to public service compensation. A draft decision seeks to reduce the notification burden as concerns small services of general economic interest, provided certain conditions are met. And a draft framework lays down which criteria the Commission will apply in assessing those state aids which still need to be notified.

After a period of consultation, we are now finalising the texts so that they can be adopted before the summer. They will bring legal certainty and predictability, as well as reducing the administrative burden, for tens of thousands of important public services across Europe.

EC SECONDARY LEGISLATION

A third set of instruments designed to ensure that Member States comply with competition principles, can be found in recent EC internal market legislation, in the telecommunications sector and the energy sector.

In the telecommunications sector, the Electronic Communications Framework Directive imposes *ex ante* regulation only on undertakings which have significant market power in those markets which are not subject to efficient competition. The national regulatory authority analyses the state of competition in these markets and subjects undertakings with significant market power to *ex ante* regulation. These decisions are subject to review by the Commission. The Commission has exercised this power four times so far, most recently vetoing a decision by the German telecommunications regulator concerning telephone call termination services provided by alternative network operators.

STATE AID RULES

Fourthly, and finally, I turn to perhaps the most important of all the Treaty competition provisions which apply to European Member States, namely the rules on state subsidies.

I believe that state aid policy has a significant role to play not only for its role in preserving a fair level playing field in the single market, but also as a specific instrument to create a better framework for national support to research, innovation, entrepreneurship, high quality services of general economic interest, environmental protection, social and regional cohesion.

State aid is the new frontier of competition policy. After comprehensive reforms in the field of antitrust and mergers, I have made a review of state aid policy the top priority for my mandate. I want to see a state aid policy based on sound economics, contributing directly to promoting growth and jobs, and delivering faster, more streamlined procedures.

Tomorrow I expect the Commission to issue a State Aid Action Plan, on the basis of which I intend to consult all stakeholders on a series of proposals for the modernisation of state aid policy.

One area I would like to mention is the role of state aid in promoting innovation. Before the summer the Commission will bring forward a Communication on State aid for Innovation, again as a basis for consultation. We would then propose changes to the present rules towards the start of next year.

CONCLUSION

I have given you a general overview of the ways in which competition principles can be embedded in politics and State action – and the role competition authorities have to play in ensuring that this is the case. There is a lot of work ahead. And I think I have demonstrated why this is not a job which the European Commission – or indeed any competition authority – can do on its own. That is why opportunities to exchange experience and ideas – such as today's event – are so important.

I would like to thank the Bundeskartellamt for giving me the opportunity to speak to you on these issues today.

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 2005 o son monografías publicadas a principios de 2006, a las publicaciones aparecidas en el año 2005 y a las publicadas en 2004 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, «Los acuerdos: ¿autorización individual o excepción legal?», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 247-264.

- 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.
- 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.
- ARAUJO BOYD, Marcos (coord.), *Comentarios al Reglamento (CE) 1400/2002, de distribución de automóviles*, Marcial Pons, 2005, 611 pp.
- «El tratamiento confidencial de determinada información», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 471-486.
- ARROYO BARRIGÜETE, José Luis; LÓPEZ SÁNCHEZ, José Ignacio; PÉREZ PRADO, José Manuel, y PASSÁS OGALLAR, Juan, «Competencia en los mercados sujetos a efectos de red», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 38, 2005, pp. 73-89.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «La regulación del acceso a los mercados de telecomunicaciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 9, 2005.
- «El régimen sancionador en los mercados de telecomunicaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 2005, pp. 265-297.
- «Sobre el acceso al mercado del Derecho», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 130, 2005, pp. 201-223.
- BACHES OPI, Sergio, y RODRÍGUEZ ENCINAS, Ana, «El nuevo reglamento comunitario de exención por categorías para los acuerdos de transferencia de tecnología», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 255, 2005, pp. 217-256.
- BELANDO GARÍN, Beatriz, «La responsabilidad de las autoridades de regulación y el Derecho comunitario (STJCE de 12 de octubre de 2004, Asunto C-222/02)», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 9, 2005.
- BENEYTO PÉREZ, José María (dir.), y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo (coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 4 vols., Barcelona, Bosch, 2005.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo (coord.), *Control de concentraciones empresariales*, Madrid, Dykinson, 2005, 224 pp.
- «Aplicación administrativa del Derecho de la competencia», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 47-68.
- BERENQUER FUSTER, Luis, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento comunitario de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 79-118.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho mercantil*, Aranzadi, 2005, 541 pp.
- BLANQUER CRIADO, David Vicente, «El silencio administrativo del Tribunal de Defensa de la Competencia», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, pp. 1673-1677.
- BRAVO-FERRER DELGADO, Miguel, «Atribuciones de la CMT en materia de competencia: examen de su Resolución de 17 de marzo de 2005», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 238, 2005, pp. 27-39.
- 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.
- BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, 2005, 628 pp.

- 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.
- CANTOS BAUQUEDANO, 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.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, «Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: viejos problemas y nuevos dilemas», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2005, pp. 1357-1378, y en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 53, núm. 2, 2005, pp. 307-357.
- CARBÓ VALVERDE, Santiago; HUMPHREY, David, y MAUDOS VILLARROYA, Joaquín, *Estimating the intensity of price and non-price competition in banking: an application to the Spanish case*, documentos de trabajo núm. 2/2005, Bilbao, Fundación BBVA, 2005, 35 pp.
- CARLOS BERTRÁN, Luis de, y GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel, «La intervención de los accionistas en el procedimiento de autorización de OPAs de exclusión», *Revista de Derecho Mercantil*, 2005 núm. 258, pp. 1613-1673.
- CARRASCO DURÁN, Manuel, *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, Tirant Lo Blanch, 2005, 502 pp.
- CASES, Lluís (dir.), *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2005, 645 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.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel, «El régimen tributario foral del País Vasco frente a la prohibición de ayudas de Estado en la Unión Europea: comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de septiembre de 1999 y del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 a la luz de la doctrina de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria», *Union Europea Aranzadi*, año xxxii, 2005, núm. 8-9, pp. 13-23.
- «Contrato de franquicia, ordenación del comercio y Derecho de la competencia», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 104, núm. 2, 2005, pp. 399-432.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento (CE) 1/2003*, Consejo General del Poder Judicial, 2005, 218 pp.
- CREUS, Antoni, «La aplicación judicial», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 69-88.
- DIEZ ESTELLA, Fernando, «¿Réquiem por el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005, pp. 1284-1296.
- DOMINGO GUTIÉRREZ, Sara Elsa, «La liberalización del sector postal: servicio universal y libre competencia», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005, pp. 191-248.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M., «Concentración empresarial mediante toma de control societario (“cambio duradero de control”): el asunto “Sogecable” (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las CE de 30 de septiembre de 2003)», *Noticias de la Unión Europea*, año xxi, 2005, núm. 243, pp. 81-94.

- ENTRENA ROVERS, Jonathan, «Novedades más significativas del Real Decreto 2295/2004, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, pp. 1512-1514.
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, «Reflexiones constitucionales sobre los alimentos transgénicos: libre competencia, salud pública y derechos de los consumidores», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005, pp. 1244-1253.
- ESTEBAN DE QUESADA, Carmen, «La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica», *Revista de Derecho Mercantil*, 2005, núm. 257, pp. 1079-1130.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, y DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino, «Principales novedades que se avecinan en la reforma del sistema español de defensa de la competencia», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005, pp. 1297-1300.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio, «Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, 2004, pp. 51-95.
- FERNÁNDEZ ARAGONCILLO, Marisol, «Pautas para el diseño de un procedimiento más eficaz en materia de prácticas restrictivas o prohibidas», *Anuario de la competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 147-166.
- «La duración del procedimiento. Caducidad y prescripción», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 417-438.
- FERNÁNDEZ, Cani, «La eficacia 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 ÁRAOZ, 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 LÓPEZ, José Manuel, «Competencia en España. Medidas cautelares», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 457-470.
- «Primeras reflexiones sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 37, 2005, pp. 7-24.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime, *Legislación sobre Derecho de la competencia español y comunitario*, Civitas, 2005, 1649 pp.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, y MIRANDA SERRANO, L., *Competencia desleal y antitrust: sistemas de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 176 pp.
- 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 ALONSO, Juan Andrés, «El control jurisdiccional en materia de control de concentraciones español», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 237, 2005, pp. 16-34.
- GARCÍA NOTARIO, Juan Ramón, «El nuevo régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 245, 2005, pp. 55-61.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago José, «La competencia entre transportistas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 245, 2005, pp. 63-68.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, «Ayudas públicas en el sector pesquero a las pequeñas y medianas empresas (Reglamentos 1595/2004 y 1680/2004)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 237, 2005, pp. 45-56.
- GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI, *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y Derecho de la competencia. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Grupo español de la AIPPI, 2005, 992 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.
- GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio, «La revisión judicial de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de multas», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 291-310.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier, *Libre competencia y Estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 280 pp.
- GUTIÉRREZ GISBERT, Juan, «La jurisprudencia comunitaria abre una nueva vía a la recuperación de tributos, tasas o 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. 234, 2004, pp. 73-89.
- HERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Aranzadi, 2005, 241 pp.
- HERNÁNDEZ GUERRERO, Vanesa, «Aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a regímenes tributarios: reflexiones al hilo de los casos gibraltareños», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, 2004, núm. 19, pp. 869-903.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan, y JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María, «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.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, «Comentario a la STJCE (Gran Sala) de 31 de mayo de 2005, Asunto C-53/05», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 39, 2005, pp. 77-82.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, y TENA PIAZUELO, Vitelio María, *España. Comentarios a la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 251 pp.
- MARIZ PÉREZ, Rosa María, y GARCÍA ÁLVAREZ, María Teresa, «Efectos de la liberalización en el pool eléctrico español: ¿eficiencia o comportamiento estratégico?», *Boletín de Estudios Económicos*, vol. 60, núm. 185, 2005, pp. 333-358.
- 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.
- «La reforma del sistema español de defensa de la competencia (el Libro Blanco)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 235, 2005, pp. 3-7.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y BROKELMANN, Helmut, «The possible consequences of a relatively broad scope for exchange of confidential information on national procedural law and antitrust sanctions», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 405-418.

- MARTÍNEZ MULERO, Víctor, «Defensa de la competencia y daños», *Revista de Derecho Mercantil*, 2005, núm. 255, pp. 111-142.
- MARTÍNEZ NAVARRO, Martín, «La práctica reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de acuerdos de cooperación horizontal: sistemas de pago y terapias respiratorias. ¿Respuestas sin preguntas?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 239, 2005, pp. 58-64.
- MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel, «El concierto económico y los derechos forales vascos en sede judicial europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, 2004, núm. 72, pp. 235-265.
- MAZO VENERO, María Jesús, y GUINDOS TALAVERA, Beatriz de, «El sector energético desde el punto de vista de la defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 271-290.
- MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano, «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: los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Navarra, Aranzadi, 2004, 322 pp.
- MEROLA, Massimo, y MUÑOZ DE JUAN, María, «Le rôle des juridictions nationales dans le cadre de l'application décentralisée des articles 81 et 82 du traité CE», *Journal des Tribunaux*, núm. 6.153, 2004, pp. 769-779.
- 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.
- MONTERO PASCUAL, Juan José, *La liberación de los servicios postales*, Trotta, 2005, 266 pp.
- NAVARRO SUAY, María del Carmen, *Las conductas conscientemente paralelas*, Madrid, Civitas, 2005, 442 pp.
- ORTIZ BLANCO, Luis, y RAMOS GÓMEZ, Álvaro, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. VI, Madrid, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2005, 399 pp.
- «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, «Las industrias culturales ante el Derecho de la competencia (y viceversa)», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 189-228.
- PADRÓS REIG, Carlos, y ROCA SAGARRA, Joan, «El control de las condiciones de acceso en el proceso de liberalización del sector postal», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 239, 2005, pp. 30-46.
- PASCUAL MORCILLO, Álvaro, «El alcance del secreto profesional en las investigaciones de las autoridades de competencia (la saga Akzo y Akcros)», *Anuario de la competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 413-426.
- PASCUAL MORCILLO, Álvaro, y ARMENGOL GASULL, Oriol, «Participaciones minoritarias y Derecho de la competencia», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 229-258.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes, «Comentario de urgencia sobre las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 29 de noviembre de 2005 (operación de concentración económica consistente en la integración de Vía Digital en Sogecable)», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 40, 2005, pp. 113-146.

- «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. 235, 2005, pp. 71-87.
- PEÑAFIEL GARCÍA, Gloria, «La aplicación práctica de la Ley 1/2002», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 329-346.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, «Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia», *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 6, 2005, pp. 11-76.
- 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.
- PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio, «De nuevo sobre el tratamiento de las Uniones Temporales de Empresas en el Derecho español de la competencia. Otro enfoque posible de la cuestión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 236, 2005, pp. 51-68.
- PETIT LAVALL, María Victoria, «La liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea: los servicios de asistencia en tierra (*handling*)», *Revista General de Derecho*, núm. 1, 2005.
- PETITBÓ JUAN, Amadeo, «Libro Blanco, concentraciones y análisis económico», *Anuario de la competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 55-78.
- POLO REDONDO, Yolanda; BORDONABA JUSTE, María Victoria, y PALACIOS, Laura Lucía, «Proceso de entrada y salida del mercado: análisis del mercado de la franquicia», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 15, 2005, pp. 9-26.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, «Servicio público y Derecho comunitario europeo», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, 2005, pp. 375-398.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia, *La liberalización del transporte aéreo*, Marcial Pons, 2005, 249 pp.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón, «Los precios predatorios en el Derecho de defensa de la competencia», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2005, pp. 468-476.
- RODRÍGUEZ CURIEL, José-Wenceslao, «La autonomía fiscal de las autoridades intraestatales no excluye la calificación de ayuda de Estado (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 236, 2005, pp. 84-91.
- RODRÍGUEZ ENCINAS, Ana, «Comentario a las recientes resoluciones del TDC en materia de tasas bancarias de intercambio», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 38, 2005, pp. 90-99.
- «La aplicación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 38, 2005, pp. 100-105.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo, «Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo: la prueba de oficio y las diligencias para mejor proveer», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 127, 2005, pp. 417-454.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, María Matilde, y SORIANO GARCÍA, José Eugenio, «El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, pp. 231-256.
- SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo, «Unas bases sólidas para acometer la reforma», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 31-54.

- 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.
- TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, Fernando, y CARVAJAL, Javier, «Las OPAS competidoras: algunas aclaraciones pendientes», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2005, pp. 1461-1464.
- TRIGO PORTELA, Joaquín, «Responsabilidad social de la empresa y competencia», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 259-270.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, «Problemas jurídicos derivados de la concurrencia potencial de procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 119-146.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, (coord.), *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, 2005, 724 pp.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, *Las instalaciones esenciales para la competencia: un estudio de Derecho público económico*, Granada, Comares, 2005, 440 pp.
- VVAA, *Principios de economía. Libro de ejercicios*, McGraw-Hill Interamericana, 2005, 286 pp.

2. UNIÓN EUROPEA

A. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

- AGHION, Philippe, y GRIFFITH, Rachel, *Competition and Growth. Reconciling theory and evidence*, The Mit Press, 2005, 104 pp.
- ARHEL, Pierre, «Le juge administratif, juge de l'application du droit national et du droit communautaire», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 63-69.
- ARHEL, Pierre, «Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence (juin 2005)», *Les Petites affiches*, 394e année, 2005, núm. 151, pp. 4-13.
- «Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence: (février-avril 2005)», *Les Petites affiches*, 394e année, 2005, núm. 136, pp. 4-13.
- «Activités des juridictions communautaires en droit de la concurrence: juin-septembre 2004», *Les Petites affiches*, 394e année, 2005, núm. 76, pp. 9-20.
- BALANDI, Gian Guido, «Diritto del lavoro e diritto della concorrenza tra conflitto e cooperazione: prima ricognizione alla periferia del tema», *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, 2005, pp. 107-125.
- BASTIANON, Stefano, «Dai buoni pasto ai “concetti giuridici indeterminati”: ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità anti-trust», *Il foro italiano*, anno CXXX, núm. 1, pt. III, 2005, col. 7-10.
- BAUDENBACHER, Carl, y St. Galler Internationales Kartellrechtsforum, *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: elftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2005, 429 pp.
- BELANDO GARÍN, Beatriz, «La responsabilidad de las autoridades de regulación y el Derecho comunitario (STJCE de 12 de octubre de 2004, Asunto C-222/02)», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 9, 2005.

- BENEYTO PÉREZ, José María (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*, 4 vols., Barcelona, Bosch, 2005.
- BERG, Werner, «Die Rechtsprechung des EuGH und EuG auf dem Gebiet des Kartellrechts im Jahr 2004», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, heft 2, 16 Jahrg, 2005, pp. 49-61.
- BIANCO, Alessandra, «Rifiuti di imballaggio: responsabilità del produttore e norme di concorrenza», *Ambiente*, anno XIII, núm. 1, 2005, pp. 39-46.
- BIOLAY, Jean-Jacques, «Non à la concurrence?», *Les Petites affiches*, 394e année, núm. 150, 2005, pp. 11-13.
- BLANKE, Gordon, «The role of EC competition law in international arbitration: a plaidoyer», *European business law review*, vol. 16, issue 1, 2005, pp. 169-181.
- BLASSELLE, Richard, *Traité de droit européen de la concurrence*, t. II A, *Les restrictions de concurrence imputables aux États membres: les entraves aux échanges, à l'établissement des personnes et à la prestation des services*, Paris, Publisud, 2004, 557 pp.
- BRALL, Natalie, y VOGES, Hans-Joachim, *Modell Bürgerversicherung: verfassungsrechtliche und europarechtliche, Fragen: ein exemplarischer Beitrag zu den Schranken staatlicher Monopole und Unternehmen mit Ausschließlichkeitsrechten*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 93 pp.
- BURNSIDE, Alec, y CROSSLEY, Helen, «Co-operation in competition: a new era?», *European law review*, vol. 30, núm. 2, 2005, pp. 234-260.
- CAFAGGI, Fabrizio, «Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés», *Revue internationale de droit économique*, 2, 2005, pp. 111-163.
- CANENBLEY, Cornelis, y ROSENTHAL, Michael, «Co-operation between antitrust authorities in- and outside the EU: what does it mean for multinational corporations?. Part 1», *European competition law review*, vol. 26, 2005, issue 2, pp. 106-114, issue 3, pp. 78-187.
- CANINO, Francesco, «La cooperazione internazionale», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 255-295.
- CARDON, Mathieu, «Droit de la concurrence: une action contre l'OPEP?: l'immunité en question (1re partie)», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 103-111.
- «Droit de la concurrence: une action contre l'OPEP?: l'immunité en question (2e partie)», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 120-124.
- CASES, Lluís (dir.), *Anuario de la Competencia 2004*, Marcial Pons, 2005, 645 pp.
- CHAGNY, Muriel, «La nullité des contrats conclus en violation des règles communautaires de concurrence», *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 63-72.
- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, 2004, 1108 pp.
- «La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 186-191.
- CHÉROT, Jean-Yves, «Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées», *Mouvement du droit public: mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 2004, pp. 87-102.
- CLAUDEL, Emmanuelle, «Concurrence», *Revue trimestrielle de droit commercial*, núm. 1, 2005, pp. 60-66.

- COLANGELO, Giuseppe, «La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova Costituzione», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno xv, núm. 3-4, 2005, pp. 1127-1131.
- COMBE, Emmanuel, *Économie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, 460 pp.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Europeia, Regulação e concorrência*, 2005, pp. 9-28.
- «Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção», *Regulação e concorrência*, 2005, pp. 121-157.
- CSERES, Katalin Judit, *Competition law and consumer protection*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, 450 pp.
- CUSIMANO, Roberto, y GALLO, Daniele, «I centri di assistenza fiscale e l'ordinamento comunitario del mercato e della concorrenza», *Il fisco. Allegati*, núm. 5, 2005, pp. 4725-4825.
- DABBAH, Maher M., *EC and UK competition law: commentary, cases and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 725 pp.
- DE LA SERRE, Éric, «L'assistance judiciaire américaine au soutien d'une plainte en droit communautaire de la concurrence = The availability of U.S. judicial assistance to complainants in EC competition law», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 1, 2005, pp. 35-53.
- DE PASQUALE, Patricia, «La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale», *Il diritto dell'Unione europea*, anno x, 1, 2005, pp. 99-110.
- DENRUYTER, Muriel, «Le droit européen de la concurrence à l'épreuve du secret professionnel des juristes = European competition law put to the test as regards lawyers' legal professional privilege», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 6, 2004, pp. 751-796.
- DÍAZ CREMADES, María Paz, «Los elementos de un posible (?) Acuerdo Multilateral de Competencia. Crónica de unas negociaciones que siguen», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 242, 2005, pp. 33-44.
- DOOBORY, Rubina, «To what extent do the EC competition rules contained in articles 81-82 (ex articles 85-86) and the Merger Regulation unjustifiably inhibit the freedom of firms in the market place?», *The European legal forum = Forum iuris communis europae*, 4th year, issue 6, 2004, pp. 356-361.
- ÉDITIONS FRANCIS LEFEBRE, *Ententes, abus de position dominante, concentrations économiques: droit communautaire, droit français*, À jour au 1er septembre 2004, Levallois, Lefebvre, 2004, 635 pp.
- EICHELE, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts, auf das deutsche Anwaltsberufsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 206 pp.
- EISSLER, Ralf, «“Access to justice” im Rahmen des art. 86 abs. 3 EG, oder, Quod licet, B.228.30 die Unterschiede in den Urteilsbegründungen von EuG und EuGH: (Kommission vs. T-Mobile Austria GmbH, EuGH vom 22. Februar 2005 C-141/02P)», *European law reporter*, núms 7-8, pp. 296-301.
- ENGELÄNDER, Thomas, *Der ergänzende Schutz von Marken durch das Wettbewerbsrecht*, Hamburg, Kovac, 2005, 175 pp.
- ESSEBIER, Jana, *Dienstleistungen von allgemeinem Wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu art. 86 II EG*, Baden-Baden, Nomos; München, Beck, 2005, 312 pp.

- FAURÉ, Valérie, *L'apport du tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, 765 pp.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime, *Legislación sobre Derecho de la competencia español y comunitario*, Civitas, 2005, 1649 pp.
- GOSSET-GRAINVILLE, Antoine, «Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur?», *Les risques de régulation*, 2005, pp. 151-159.
- HILDEBRAND, Doris, «Der "more economic approach" in der Wettbewerbspolitik», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 5, jahrg. 55, 2005, pp. 513-520.
- IDOT, Laurence, y PRIETO, Catherine, «Droit de la concurrence», *Revue des contrats*, 3, 2005, pp. 697-709.
- «Le droit de la concurrence», *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, 2004, pp. 255-281.
- JONES, Alison, y SUFRIN, Brenda, *EC competition law: text, cases, and materials*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2004, 1303 pp.
- KLEIT, Andrew N. (ed.), *Antitrust and Competition Policy*, Edward Elgar, 2005, 641 pp.
- KUKOVEC, Damjan, «International antitrust: what law in action?», *Indiana international & comparative law review*, vol. 15, núm. 1, 2004, pp. 1-49.
- LE CACHEUX, Jacques, «Les logiques économiques de l'intégration européenne», *L'intégration européenne*, 2004, pp. 23-56.
- LOWE, Philip, y HELD, Ansgar, «Modernisation and beyond: the role of competition policy in driving economic growth», *European competition journal*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 35-50.
- MALAUURIE-VIGNAL, Marie, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 3.^a ed., Paris, Dalloz-A. Colin, 2005, 271 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.
- MAYER, Christian, *Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA: zur Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen unter Berufung auf wettbewerbsfremde Gesichtspunkte*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 249 pp.
- MELEDO-BRIAND, Danièle, «Droit de la concurrence, droit constitutionnel, substantiel de l'Union européenne», *Revue trimestrielle de droit commercial*, núm. 2, 2004, pp. 205-225.
- MOAVERO MILANESI, Enzo, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, 305 pp.
- MONTI, Mario, «Une politique de concurrence pour une économie européenne compétitive», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2004, pp. 6-9.
- «La nouvelle politique de concurrence de l'Union européenne», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2, 2004, pp. 137-153.
- MUSSO, Alberto, «La disciplina della concorrenza nella Costituzione per l'Europa», *Studi in onore di Gerhard Schricker*, 2005, pp. 435-444.
- NEGRESCU, Dragos, y OPRESCU, Gheorghe, «Politica de protectie a concurentei», *Revista romana de drept al afacerilor*, 7-8, 2004, pp. 8-102.
- NIHOUL, Paul, y VERDURE, Christophe, *Droit de la concurrence. Aspects belge et européen*, Larcier, 2005, 399 pp.

- ORTIZ BLANCO, Luis, y RAMOS GÓMEZ, Álvaro, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. VI, Madrid, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2005, 399 pp.
- PACE, Lorenzo Federico, *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalla origini alla Costituzione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, 515 pp.
- PALLEK, Markus, «L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence», *Cahiers de droit européen*, núms. 1-2, 2004, pp. 95-155.
- PARDOLESI, Roberto, «Modernizing trans-atlantic competition laws?», *Studi in onore di Gerhard Schricker*, 2005, pp. 456-468.
- PASCUAL MORCILLO, Álvaro, «El alcance del secreto profesional en las investigaciones de las autoridades de competencia (la saga Akzo y Akcros)», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 413-426.
- PERA, Alberto, y AURICCHIO, Vito, «Consumer welfare, standard of proof and the objectives of competition policy», *European competition journal*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 153-177.
- PICHOUSTRE, Dominique, *L'intérêt communautaire (à travers le prisme du droit public de la concurrence)*, Thèse-Université de Toulouse I, 2004.
- PRIETO, Catherine, «Quelle concurrence face à la mondialisation économique?: l'Europe entre audace et ralliement», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 20-31.
- PROSSER, Tony, *The Limits of Competition Law*, Oxford University, 2005.
- PUTTEMANS, Andrée; WAELBROECK, Denis F.; BELLIS, Jean-François, y SZAFRAN, David, *Aspects récents du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 214 pp.
- RIOT, Cédric, «Le risque social face aux lois du marché», *Gazette du Palais*, 125e année, núms. 180-181, 2005, pp. 3-12.
- RITTER, Lennart, *European competition law: a practitioner's guide*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, 1226 pp.
- RODRIGUES, Stéphane, «Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 22, 2004, pp. 1179-1182.
- ROVERSI, Riccardo; SESTI, Cristiano, y OLIVIERI, Gustavo, *Repertorio antitrust*, Torino, Giappichelli, 2004, 476 pp.
- SCHEER, Hester, «The interaction between the ECHR and EC law: a case study in the field of EC competition law», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, heft 4, 7 jahrg, 2004, pp. 663-691.
- SCHMIDT, Jessica, «The new ECMR: "significant impediment" or "significant improvement"?, *Common market law review*, vol. 41, núm. 6, 2004, pp. 1555-1582.
- SCODITTI, Enrico, «L'antitrust dalla parte del consumatore», *Il foro italiano*, anno CXXX, núm. 4, pt. I, 2005, col. 1018-1021.
- TOSATO, Gianluigi, y BELLODI, Leonardo, *Communautés européennes. Codice del nuovo diritto europeo della concorrenza: norme di procedura*, Milano, Giuffrè, 2005, 645 pp.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo, y MARCHETTI, Piergaetano, *Commentario breve al diritto della concorrenza. Appendice di aggiornamento dedicata specialmente al codice della proprietà industriale*, 3.ª ed., Padova, CEDAM, 2005, 310 pp.
- VAN BAELE, Ivo, y BELLIS, Jean-François, *Competition law of the European Community*, 4.ª ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005, 1682 pp.

- VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard; VAN HEES, Bruno, y LOUVEAUX, Caroline, «Les règles de concurrence applicables aux entreprises: 1er janvier 2004-31 décembre 2004», *Journal des tribunaux. Droit européen*, núm. 118, 2005, pp. 104-120.
- VIENNOIS, Jean-Pierre, «La Constitution européenne et le droit de la concurrence», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 118-119.
- «Clarification du champ d'application du droit communautaire de la concurrence», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 190, 2004, pp. 9-12.
- VIGORITI, Vincenzo, «Avvocatura e concorrenza», *Foro italiano*, anno CXXIX, núm. 11, pt. V, 2004, col. 141-145.
- WAGNER-VON PAPP, Florian, «Wettbewerbsrecht», *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2005, pp. 400-466.
- WILS, Wouter P. J., *Principles of European antitrust enforcement*, Oxford, Hart, 2005, 187 pp.
- WÓDZ, Borys, «Europe Agreements and the approximation of competition laws of the candidate Member States of the EU from Central and Eastern Europe», *Rozprawy prawnicze: księga pamiątkowa profesora Maksymiliana Pazdana*, 2005, pp. 757-776.
- B. ART. 81 Y 82 TCE**
- ABDELGAWAD, Walid, «L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE», *Revue de l'arbitrage*, núm. 2, 2004, pp. 253-282.
- ARHOLD, Christoph, «Die Reform der europäischen Wettbewerbsaufsicht aus praktischer Sicht», *Europarecht*, beiheft 2, 2005, pp. 119-139.
- AROWOLO, Oluseye, «Application of the concept of barriers to entry under article 82 of the EC Treaty: is there a case for review?», *European competition law review*, vol. 26, issue 5, 2005, pp. 247-257.
- ARROYO BARRIGÜETE, José Luis; LÓPEZ SÁNCHEZ, José Ignacio; PÉREZ PRADO, José Manuel, y PASSÁS OGALLAR, Juan, «Competencia en los mercados sujetos a efectos de red», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 38, 2005, pp. 73-89.
- AULD, Aarin Ian, «Compulsory licensing under article 82 and the Essential Facilities Doctrine», *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, bd. 6, 2004, pp. 1-50.
- AZÉMA, Jacques, y GALLOUX, Jean-Christophe, «Le règlement (CE) núm. 772/2004 de la Commission, du 27 avril 2004, concernant l'application de l'article 1, par 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JOUE, núm. L 123, 27 5.459.33 avr. 2004, pp. 11)», *Revue trimestrielle de droit commercial*, núm. 2, 2005, pp. 282-291.
- *Les accords de transfert de technologie: règlement núm. 772/2004, du 27 avril 2004, concernant l'application de l'article 81 par. 3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*, Litec, 2005, 231 pp.
- BACHES OPI, Sergio, y RODRÍGUEZ Encinas, Ana, «El nuevo reglamento comunitario de exención por categorías para los acuerdos de transferencia de tecnología», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 255, 2005, pp. 217-256.
- BARBIER DE LA SERRE, Éric, «Amendes: la légalité de principe des lignes directrices et leur application rétroactive», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 21-26.

- BARBIST, Johannes, «Das österreichische Kartellobergericht und die VO Nr. 1/2003: unter Berücksichtigung des OGH-Beschlusses Tennisball-Sponsorenvertrag», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 7 u. 8, jahrg 55, 2005, pp. 756-759.
- BELLIS, Jean-François, «Les critères de la distorsion de concurrence et de l'effet sur le commerce interétatique», *Aides d'État*, 2005, pp. 97-106.
- «Les relations entre le droit national et le droit communautaire de la concurrence», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 61-72.
- BELLODI, Leonardo, «Le decisioni», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 169-191.
- «Le denunce», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 77-121.
- «Poteri di inchiesta e avvio della procedura», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 123-168.
- BERENQUER FUSTER, Luis, «¿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.
- BERTRAND, Edouard, «Les programmes de clémence et le règlement CE no 1/2003», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 227-235.
- BESSO, Chiara, «Discovery all'estero: un nuovo capitolo del confronto tra Europa e Stati Uniti (in margine a US Supreme Court, 21 giugno 2004, e Court for the Northern District of California, 4 ottobre 2004, Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.)», *Int'l Lis*, 2, 2005, pp. 97-101.
- BISHOP, Simon, y LOFARO, Andrea, «Assessing unilateral effects in practice lessons from GE/Instrumentarium», *European competition law review*, vol. 26, issue 4, 2005, pp. 205-208.
- BLAISE, Jean-Bernard, e IDOT, Laurence, «Champ d'application des articles 81 et 82 CE: (1er avril 2003-30 septembre 2004)», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 4, 2004, pp. 669-689.
- IDOT, Laurence, «Concurrence: mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE: 1er avril 2003-30 septembre 2004», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 1, 2005, pp. 131-223.
- BOURGEOIS, Jacques H. J., y BOCKEN, Jan, «Guidelines on the application of article 81(3) of the EC Treaty or how to restrict a restriction», *Legal issues of economic integration*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 111-121.
- BOY, Laurence, «L'abus de pouvoir de marché: contrôle de la domination ou protection de la concurrence?», *Revue internationale de droit économique*, núm. 1, 2005, pp. 27-50.
- BRAULT, Dominique, «Jusqu'où augmenter la prime aux repentis?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 113-115.
- «Service public et position dominante: peut-il y avoir abus?», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 239, 2004, pp. 36-39.
- BROEKE, G. G. J. ten, «Herziening art. 82 EG, Actualiteiten mededingingsrecht», *Jaarg 5*, núm. 7, pp. 159-160.
- BRONETT, Georg-Klaus de, *Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht: VO 1/2003*, München-Unterschleißheim, Luchterhand, 2005, 376 pp.
- BRUNET, Cécile, «Le statut du plaignant après la réforme du droit communautaire de la concurrence: étude à partir des exemples français et communautaires», *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 117-145.

- BUHART, Jacques, «La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne», *Journal des tribunaux*, *Droit européen*, 13e année, núm. 116, 2005, pp. 33-38.
- BUSSE, Monika, y LEOPOLD, Anders, «Entscheidungen über Verpflichtungszusagen nach art. 9 VO (EG) núm. 1/2003», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 2, jahrg. 55, 2005, pp. 146-155.
- BUTTAZZI, Barbara, «Il regolamento comunitario núm. 1 del 2003 e le sue ricadute sui processi nazionali», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LIX, núm. 1, 2005, pp. 183-208.
- BUTTIGIEG, Eugene, «Consumer interests under the EC's competition rules on collusive practices», *European business law review*, vol. 16, issue 3, 2005, pp. 643-718.
- CALVET, Hugues, «Abus de position dominante: plaidoyer pour le bien-être du consommateur», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 131-138.
- CAPELLI, Fausto, «Le sentenze "De Haecht" e "Continental Can" e l'interpretazione evolutiva del diritto comunitario», *Scritti di diritto comunitario*, vol. II, 1979, pp. 505-510.
- CHAGNY, Muriel, «La nullité des contrats conclus en violation des règles communautaires de concurrence», *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 63-72.
- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, 2004, 1108 pp.
- «La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 186-191.
- CHAPUT, Yves, «Philosophie des programmes de clémence et de transaction», *Gazette du Palais*, 125e année, núms. 287 à 288, 2005, pp. 15-20.
- CHEYNEL, Benjamin, y NOURISSAT, Cyril, «Adaptation du droit français au droit communautaire: commentaire de l'ordonnance núm. 2004-237, du 4 novembre 2004», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 63-68.
- «Quels droits de la défense pour les entreprises poursuivies sous l'empire du nouveau règlement concurrence?», *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 75-115.
- CLAUDEL, Emmanuelle; LAZARUS, Claude, y WOUDE, Marc H. van der, «Ententes», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2004, pp. 49-56.
- COLANGELO, Giuseppe, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, 166 pp.
- COMPETITION LAW FORUM, «Article 82 Review Group, The reform of article 82: recommendations on key policy objectives», *European competition journal*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 179-183.
- 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.
- DALHEIMER, Dorothe; FEDDERSEN, Christoph T., y MIERSCH, Gerald, *EU-Kartellverfahrensordnung: Kommentar zur VO 1/2003*, München, Beck, 2005, 342 pp.
- DARMON, Marco, y RACLET, Arnaud, «À propos du règlement 1/2003: quelques réflexions sur la situation des entreprises face au renforcement des pouvoirs de la Commission», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 185-208.

- DE LA SERRE, Éric, «L'assistance judiciaire américaine au soutien d'une plainte en droit communautaire de la concurrence = The availability of US judicial assistance to complainants in EC competition law», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 1, 2005, pp. 35-53.
- DE SMIJTER, Eddy, y LAURILA, Maija, «Interaction between the Commission and national courts in the modernised antitrust enforcement system: observations on scope and challenges», *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja = Konkurrenssrättslig årsbok = Competition law yearbook*, 3 vuosik 2004, 2005, pp. 23-33.
- DE STREEL, Alexandre, «La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence», *Liber Amicorum Michel Coipel*, 2005, pp. 255-279.
- D'ECCLESISI, Sacha, «Tutela civilistica del consumatore e intese restrittive della concorrenza fra diritto interno e diritto comunitario», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, anno XX, núm. 5, pt. I, 2004, pp. 531-536.
- DECOCQ, Georges, «Un an d'actualité du droit des pratiques anticoncurrentielles: aspects communautaires», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 246, 2004, pp. 33-53.
- DEKEYSER, Kris, «Une nouvelle ère dans l'application des règles européennes antitrust: les grands principes et les mécanismes du nouveau régime pour l'application des articles 81 et 82 du Traité CE», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 73-87.
- DEKEYSER, Kris, y DE SMIJTER, Eddy, «The exchange of evidence within the ECN and how it contributes to the European co-operation and co-ordination in cartel cases», *Legal issues of economic integration*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 161-174.
- DEL VECCHIO, Mario, «La nuova disciplina "dell'affiliazione commerciale" (franchising)», *Rivista di diritto industriale*, anno LIII, núm. 4-5, pt. III, 2004, pp. 38-46.
- DELLI PRISCOLI, Lorenzo, «Franchising, contratti di integrazione e obblighi pre-contrattuali di informazione», *Rivista del diritto commerciale*, anno CII, núm. 10-12, pt. I, 2004, pp. 1163-1185.
- DIDIER, Édouard, «Les droits des programmes français et européen de clémence», *Gazette du Palais*, 125e année, núms. 287 à 288, 2005, pp. 21-30.
- DREXL, Josef, «Which law protects consumers and competition in conflict with intellectual property rights?», *Intellectual property in the conflict of laws*, 2005, pp. 79-106.
- DURAND-BARTHEZ, Pascal, «Décentralisation et sécurité juridique: l'application décentralisée des articles 81 et 82 du traité de Rome et la position des entreprises», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 211-226.
- EATON, Sinéad, y DONNELLAN, Laura, «Recent opportunities to revisit the doctrine of essential facilities», *Commercial law practitioner*, vol. 12, núm. 4, 2005, pp. 96-99.
- EILMANSBERGER, Thomas, «How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses», *Common market law review*, vol. 42, núm. 1, 2005, pp. 129-177.
- «Ne bis in idem und die Zuständigkeitsverteilung im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden», *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung: Festschrift für Peter Fischer*, 2004, pp. 33-51.

- EMDE, Raimond, «Die Unzulässigkeit längerer als fünfjähriger Wettbewerbsverbote in Vertragshändlerverträgen: (art. 81 abs. 1, 2 EG i.v.m. art. 5 lit. a GVO 2790/99)», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, heft 12, 51 jahrg, 2005, pp. 1492-1500.
- EVANS, David S., y PADILLA, Atilano Jorge, «Tying under article 82 EC and the Microsoft decision: a comment on Dolmans and Graf», *World competition*, vol. 27, núm. 4, 2004, pp. 503-512.
- «How economists can help courts design competition rules: an EU and US perspective», *World competition*, vol. 28, núm. 1, 2005, pp. 93-99.
- EWALD, Christian, «Paradigmenwechsel bei der Abgrenzung relevanter Märkte?», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, heft 4, 2 jahrg, 2004, pp. 512-544.
- FALCIONI, Laura, «Ambito di applicazione», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 49-75.
- FASQUELLE, Daniel, «L'incidence des difficultés des entreprises sur l'application des règles de concurrence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 41-53.
- FETSCH, Johannes, «Kartellrecht», *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005, pp. 987-1019.
- FILIPPONI, Mario, y LIBERATORE, Francesco, «Antitrust e regole ex ante come strumenti complementari per la regolamentazione del settore delle comunicazioni nell'Unione europea», *Liberatore Contratto e impresa. Europa*, anno IX, núm. 2, 2004, pp. 1251-1272.
- FOURGOUX, Jean-Louis, «Les limites apportées par la jurisprudence au pouvoir discrétionnaire des autorités de concurrence en matière d'enquêtes de concurrence», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 165-183.
- FREIGANG, Jan, y GRÜN, Anselm, «The assessment of domestic credit card interchange fees under EC competition law», *European business law review*, vol. 16, issue 1, 2005, pp. 151-167.
- FRIGNANI, Aldo, «I poteri di ispezione ed il diritto di difesa nella normativa antitrust dell'Unione europea», *Contratto e impresa. Europa*, anno IX, núm. 2, 2004, pp. 1001-1030.
- GAO, Jiajia, «The missing piece: international commercial arbitration in the modernized EC competition law regime», *Markt en mededinging*, jaarg. 8, nr. 1, 2005, pp. 12-16.
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, «El giro norteamericano del Derecho antitrust comunitario: el art. 81 del Tratado CE y el art. 1 de la Sherman Act», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 256, 2005, pp. 597-641.
- GARCÍA-ROSADO, Eliezer, «Pratiques anticoncurrentielles au sein des oligopoles: le lien entre les ententes et les abus de position dominante collective», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 139-146.
- GAROFOLI, Roberto, «Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici», *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, 2005, pp. 155-205.
- GAUER, Céline, «Les programmes de clémence au regard du réseau communautaire», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 16-18.
- GEMEINHARDT, Gereon, «Die Zulässigkeit von Einkaufskooperationen zwischen Wettbewerbern nach art. 81 EGV», *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, bd. 6, 2004, pp. 121-175.

- GÉRADIN, Damien, y HENRY, David, «The EC fining policy for violations of competition law: an empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments», *European competition journal*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 401-473.
- GÉRADIN, Damien, y LAROCHE, Pierre, «L'application décentralisée du droit de la concurrence dans les secteurs libéralisés: l'exemple des communications électroniques», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 165-190.
- «Limiting the scope of the essential facilities doctrine», *30 years of European legal studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, 2005, pp. 445-457.
- «Limiting the scope of article 82 EC: what can the EU learn from the US Supreme Court's judgement in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?», *Common market law review*, vol. 41, núm. 6, 2004, pp. 1519-1553.
- GHIDINI, Gustavo, y FALCE, Valeria, «Riserve e concorrenza nell'esercizio delle libere professioni: adelante, con juicio», *Il diritto industriale*, anno XIII, núm. 4, 2005, pp. 385-392.
- GIANNACCARI, Andrea, «Il caso Oracle (europeo)», *Mercato concorrenza regole*, anno VII, núm. 1, 2005, pp. 193-200.
- GLYNN, Dermot, «Article 82 and price discrimination in patented pharmaceuticals: the economics», *European competition law review*, vol. 26, issue 3, 2005, pp. 135-143.
- GRARD, Loïc, «Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires: vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique», *Les dynamiques du droit européen en début de siècle: études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, 2004, pp. 83-104.
- GRISEL, Guillaume, «L'invocation des droits fondamentaux: outil efficace d'affaiblissement des enquêtes sur les accords, décisions et pratiques concertées?», *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 147-182.
- GRYNFOGEL, Catherine, «Le concurs de volontés entre entreprises, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes», *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, núm. 6, 2005, pp. 551-558.
- GUNTHER, Jacques-Philippe; RAB, Suzanne, y BELMIN, Pascal, «Joint selling v. joint production: a rational distinction?», *European competition law review*, vol. 26, issue 7, 2005, pp. 390-396.
- HAEGI, Urs, «Der Zugang von Konkurrenten zu knappen Einrichtungen des Marktbeherrschers (essential facilities) im Lichte des artikels 82 EGv», *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, bd. 6, 2004, pp. F177-212.
- HAMER, Jens, «The role of the national judge under Regulation 1/2003», *European law reporter*, núm. 6, 2005, pp. 230-239.
- HARDING, Christopher, «Forging the European cartel offence: the supranational regulation of business conspiracy», *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, vol. 12, issue 4, 2004, pp. 275-300.
- HAWK, Barry E., «À propos de la "concurrence par les mérites": regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 33-41.

- HEIMLER, Alberto, «Below-cost pricing and loyalty-inducing discounts: are they restrictive and, if so, when?», *Competition policy international*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 149-172.
- HEINEMANN, Andreas, «Compulsory licences and product integration in European competition law: assessment of the European Commission's Microsoft decision», *International review of industrial property and copyright law*, vol. 36, núm. 1, 2005, pp. 63-82.
- «Kartellrechtliche Zwangslizenzen im Patentrecht: die Spundfass-Entscheidung des BGH vom 13. Juli 2004», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, heft 2, 3. Jahrg, 2005, pp. 198-206.
- HERDING, Franz Bernhard, *Soziale Sicherungssysteme und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. art. 82, 86 EG: eine Untersuchung am Beispiel der (tarifvertraglichen) Betriebsrenteneinrichtungen in Deutschland*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 275 pp.
- HEWITT, Ian, *Joint ventures*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 856 pp.
- HINDS, Anna-Louise, «New EC competition decentralisation policy: an effective enforcement mechanism?», *Irish law times*, vol. 23, núm. 5, 2005, pp. 70-76.
- HIRSBRUNNER, Simon, y RHOMBERG, Lukas, «Verpflichtungszusagen im EG-Kartellrechtsverfahren: erste praktische Erfahrungen mit der Neuregelung der Kartellverfahrensordnung 1/2003», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, heft 2, 16. Jahrg, 2005, pp. 61-66.
- HÖPPNER, Thomas, «Missbräuchliche Verhinderung "neuer" Produkte durch Immaterialgüterrechte: zur Anwendung von art. 82 EG auf Lizenzverweigerungen», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil*, heft 6, 54. Jahrg, 2005, pp. 457-464.
- HOSEINIAN, Foad, «Passing-on damages and Community antitrust policy: an economic background», *World competition*, vol. 28, núm. 1, 2005, pp. 3-23.
- IANNICELLI, Serena, «La "longa manus" della modernizzazione del diritto antitrust europeo (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 4 febbraio 2005, núm. 2207)», *Rassegna Avvocatura dello Stato*, anno LVII, núm. 1, 2005, pp. 218-223.
- IDOT, Laurence, «Le règlement 1/2003: vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence?», *Les dynamiques du droit européen en début de siècle: études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, 2004, pp. 117-135.
- *Droit communautaire de la concurrence: le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, Paris, Forum européen de la communication; Bruxelles, Bruylant, 2004, 351 pp.
- «Les entreprises face à la suppression de l'autorisation préalable», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 131-146.
- «Une question d'actualité en droit de la concurrence: programmes de clémence et internationalisation», *Droit et actualité: études offertes à Jacques Béguin*, 2005, pp. 363-379.
- «Plaidoyer pour une réflexion sur l'articulation entre les programmes de clémence et les actions privées», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 25-27.
- «Adaptation du droit français au nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE», *Revue des contrats*, 2, 2005, pp. 305-311.
- «La prise en compte de la procédure collective dans la mise en oeuvre des règles de concurrence: l'articulation des procédures», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 143, débats, 2005, pp. 1-21.

- «Droits exclusifs et abus de position dominante (à propos de quelques développements récents)», *Petites affiches*, 394^e année, núm. 235, 2005, pp. 5-14.
- «L'exemption liée aux seuils de parts de marché: arts. 2, 3, 6, 7, 8», *Les accords de transfert de technologie*, 2005, pp. 47-68.
- JALABERT-DOURY, Nathalie, *Les inspections de concurrence: gérer une enquête de concurrence dans l'entreprise à l'heure du renforcement de la lutte contre les cartels*, Paris, Forum européen de la communication; Bruxelles, Bruylant, 2005, 455 pp.
- JANSEN, Oswald, «The system of international cooperation in administrative and criminal matters in relation to Regulation EC 1/2003», *Revue européenne de droit public = European review of public law*, vol. 16, núm. 2, 2004, pp. 355-416.
- JENNY, Frédéric, «Does the effectiveness of the EU network of competition authorities depend on a certain degree of homogeneity within its membership (with respect to status, structure, powers, responsibilities, etc.)?», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 203-210.
- JEPHCOTT, Mark, *Horizontal agreements and EU competition law*, Richmond, Richmond Law & Tax, 2005, 233 pp.
- 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.
- KAHLENBERG, Harald, y NEUHAUS, Kai, «Erste praktische Erfahrungen mit Zusagenentscheidungen nach art. 9 Verordnung (EG) Nr. 1/2003», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, heft 20, 16 jahrg, 2005, pp. 620-624.
- KALLAUGHER, John J., y WEITBRECHT, Andreas, «Developments under articles 81 and 82 EC: the year 2004 in review», *Weitbrecht European competition law review*, vol. 26, issue 3, 2005, pp. 188-197.
- KAMANN, Hans-Georg, y BERGMANN, Ellen, «The granting of rebates by market dominant undertakings under article 82 of the EC Treaty», *European competition law review*, vol. 26, issue 2, 2005, pp. 83-89.
- KAMINA, Pascal, «Les restrictions exclues: article 5», *Les accords de transfert de technologie*, 2005, pp. 93-106.
- KERSE, Christopher S., y KHAN, Nicholas, *EC antitrust procedure*, 5.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, 686 pp.
- KOSTOPOULOS, Kostis, «Redevances d'aéroports et pratiques abusives d'une position dominante: chronique de droit aérien», *Revue française de droit aérien et spatial*, vol. 234, núm. 2, 2005, pp. 111-122.
- LAMANDINI, Marco, «Professionisti intellettuali e libertà di concorrenza: pubblicità e contrattazione del professionista», *Studi in onore di Gerhard Schricker*, 2005, pp. 364-382.
- LAMBRECHT, Philippe, y STEENLANT, Jan, «La modernisation du droit communautaire de la concurrence: l'impact du nouveau système sur les entreprises», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 225-251.
- LANGE, Knut Werner, «Kampfpreisstrategien (predatory pricing) im europäischen Kartellrecht», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 169 bd., 5, 2005, pp. 495-508.
- LANGFINGER, Klaus Dieter, «Die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer (VO 772/04)», *Festschrift für Kurt Bartenbach*, 2005, pp. 427-438.

- LASSERRE, Bruno, «Clémence et transaction en matière de concurrence: propos introductif», *Gazette du Palais*, 125e année, núms. 287 à 288, 2005, pp. 7-14.
- LE, Net, «Microsoft Europe and switching costs», *World competition*, vol. 27, núm. 4, 2004, pp. 567-594.
- «What does “capable of eliminating all competition” mean?», *European competition law review*, vol. 26, issue 1, 2005, pp. 6-10.
- LESGUILLONS, Henry M., «Le droit de la concurrence et les accords entre actionnaires = Competition law and shareholders’ agreements», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 2, 2005, pp. 153-172.
- LEUPOLD, Henning, y PAUTKE, Stephanie, «IMS Health vs. Microsoft: befindet sich die Kommission bei kartellrechtlichen Zwangslizenzen (erneut) auf Konfrontationskurs mit dem eUGH?», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, heft 3, 16 jahrg, 2005, pp. 108-116.
- LÉVÊQUE, François, «L’analyse du pouvoir de marché dans l’électricité», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 28-32.
- «Quel est le prix raisonnable d’une licence obligatoire?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2004, pp. 16-20.
- «Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case», *World competition*, vol. 28, núm. 1, 2005, pp. 71-91.
- LIBERTINI, Mario, «Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva», *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, t. I, 2004, pp. 827-871.
- LIEBAU, Tobias, «*Ne bis in idem*» in Europa: zugleich ein Beitrag zum Kartellsanktionenrecht in der EU und zur Anrechnung drittstaatlicher Kartellsanktionen, Wien, Neuer Wissenschaftlicher Verlag; Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag; Zürich, Schulthess, 2005, 443 pp.
- LORENZ, Moritz; LÜBBIG, Maike, y RUSSELL, Alexia, «Price discrimination, a tender story», *European competition law review*, vol. 26, issue 6, 2005, pp. 355-361.
- LOUIS, Pierre-Manuel, «Le nouveau règlement d’exemption par catégorie des accords de transfert de technologie: une modernisation et une simplification», *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, 2004, pp. 377-404.
- LUC, Irène, «À propos de la pratique des engagements: une nouvelle procédure: vers une résolution négociée des problèmes de concurrence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 9-14.
- LUGARD, Paul, y HANCHER, Leigh (eds.), *On the merits: current issues in competition law and policy: liber amicorum Peter Plompen*, Antwerpen, Intersentia; Holmes Beach, Fla., 2005, 258 pp.
- MACCHIA, Marco, «La legittimazione delle imprese concorrenti ad impugnare i provvedimenti antitrust: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno XI, núm. 1, 2005, pp. 37-45.
- MAINGUY, Daniel, «La discrimination par les prix», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 5, 2005, pp. 126-134.
- MALHERBE, Jacques, «Nouveau régime de mise en oeuvre des règles de concurrence communautaires: suppression de la notification obligatoire et compétence générale des autorités nationales: une fragmentation historique?», *Liber Amicorum Michel Coipel*, 2005, pp. 661-667.
- MANCINI, Giuseppe Federico, «Accesso alla giustizia, singole imprese e diritto comunitario antitrust: problemi e insidie», *Democrazia e costituzionalismo nell’Unione europea*, 2004, pp. 331-346.

- MANZINI, Pietro, y SCHIANO, Roberto, *Antitrust applicato: raccolta sistematica della giurisprudenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004, 534 pp.
- MARABINI, Federica, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004, 365 pp.
- MARIATTE, Flavien, «Les pouvoirs de la Commission et les droits des plaignants: l'art subtil du pourvoi au service de l'art délicat du revirement», *Europe*, 15e année, núm. 4, 2005, pp. 4-11.
- MÄSCH, Gerald, «Vitamine für Kartellopfer: Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht: [zu Provimi Ltd. vs. Roche Products Ltd. and other actions, 6.6.2003, (2003) EWHC 961 (Comm) (2003), 2 All ER (Comm) 683, C.520.3 und LG Dortmund, 1.4.2004, 13 O 55/02, unten S. 542, Nr. 45]», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, heft 6, 25. Jahrg, 2005, pp. 509-516.
- MASTRANTONIO, Giuseppe, «Tra mito ed antitrust: il caso Microsoft all'indomani dell'ordinanza del Tribunale CE», *Il diritto industriale*, anno XIII, 2005, núm. 2, pp. 173-184.
- MAYER-ROBITAILLE, Laurence, «Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aides d'État relatives à la culture», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 2004, pp. 477-503.
- «L'application de la politique communautaire de concurrence aux accords et aux aides d'État relatifs à l'audiovisuel», *IRIS: observations juridiques de l'observatoire européen de l'audiovisuel*, 10, supplément IRIS plus, 2005, pp. 2-8.
- MAZZINA, Paola, «L'antitrust disapplica la legge!- e la certezza del diritto?», *Quaderni costituzionali*, anno XXV, núm. 2, 2005, pp. 428-431.
- MAZZIOTTI, Giuseppe, «Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under article 82 of the EC Treaty?», *World competition*, vol. 28, núm. 2, 2005, pp. 253-275.
- MELI, Vincenzo, «L'essential facilities doctrine nel diritto antitrust comunitario e i suoi problemi operativi», *Studi in onore di Gerhard Schricke*, 2005, pp. 395-417.
- MENGOZZI, Paolo, «Gli sviluppi sul diritto della concorrenza: dal Regolamento 1/2003 ai nuovi orientamenti della giurisprudenza», *Valori e principi nella Costituzione europea*, 2004, pp. 161-183.
- MESSINA, Michele, «Competition policy in the new economy after the European Commission's decision on Microsoft», *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, anno VII, núm. 21, 2005, pp. 117-149.
- MICHEL-AMSELLEM, Valérie; MOMÈGE, Chantal, y ZIVY, Fabien, «Procédures», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 103-113.
- MOLLE, Alexander, *Zur Beurteilung «begleitender» Wettbewerbsverbote im Rahmen von art. 81 Abs. 1 EG und Paragr. 1 GWB*, Heidelberg, Müller, 2005, 274 pp.
- MORO, Sergio, «Il legittimo bilanciamento tra tutela della concorrenza e salvaguardia della sicurezza pubblica: il caso delle c.d. tariffe di legalità per le prestazioni degli istituti di vigilanza», *Il foro amministrativo*, vol. IV, 6, TAR, 2005, pp. 1892-1905.

- MOURRE, Alexis; COMITÉ NATIONAL FRANÇAIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE Y ASSOCIATION FRANÇAISE DES JURISTES D'ENTREPRISE, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence: les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne: travaux du colloque du 20 novembre 2003*, réalisé sous l'égide du Comité national français de la Chambre du commerce internationale et de l'Association française des juristes d'entreprise; sous la direction de Alexis Mourre, Paris, Forum européen de la communication; Bruxelles, Bruylant, 2004, 238 pp.
- MOUY, Nadine, «Les spécificités des approches communautaire et française», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 12-14.
- MÜLLER, Markus, «The European Commission's decision against Microsoft: a violation of the antitrust agreements between the United States and the European Union?», *European competition law review*, vol. 26, issue 6, 2005, pp. 309-315.
- MURRAY, Angus, «Rights and remedies in competition law», *European current law*, enero de 2005, pp. xi-xv.
- NASCIMBENE, Luigi, «Il caso ContentGuard: le mani di Microsoft sul futuro delle tecnologie DRM», *Il diritto industriale*, anno XIII, núm. 3, 2005, pp. 287-295.
- NICOLAIDES, Phedon, «Markets and words: the distortive effect of government pronouncements», *European competition law review*, vol. 26, issue 3, 2005, pp. 119-122.
- «The balancing myth: the economics of article 81(1) & (3)», *Legal issues of economic integration*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 123-145.
- NUCARA, Alessandro, «I regolamenti di esenzione», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 193-220.
- OLIVER, Peter, «The concept of "abuse" of a dominant position under article 82 EC: recent developments in relation to pricing», *European competition journal*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 315-339.
- «Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence», *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, 2005, pp. 351-394.
- ONG, Burton, «Building brick barricades and other barriers to entry: abusing a dominant position by refusing to licence intellectual property rights», *European competition law review*, vol. 26, issue 4, 2005, pp. 215-224.
- ØRSTAVIK, Inger, «Technology transfer agreements: grant-backs and non-challenge clauses in the new EC Technology Transfer Regulation», *International review of industrial property and copyright law*, vol. 36, núm. 1, 2005, pp. 83-112.
- PACE, Lorenzo Federico, «L'applicazione decentrata», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 221-254.
- 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.
- PALMIERI, Alessandro, y PARDOLESI, Roberto, «L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori», *Il foro italiano*, anno CXXX, núm. 4, pt. I, 2005, col. 1015-1018.
- PAPPALARDO, Aurelio, «De nouvelles règles de minimis dans le cadre de la "modernisation" des règles communautaires de concurrence», *30 years of European legal studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, 2005, pp. 407-418.

- PARDOLESI, Roberto, y GRANIERI, Massimiliano, «Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario», *Rivista di diritto industriale*, anno LIII, núm. 4-5, pt. II, 2004, pp. 323-336.
- PARDOLESI, Roberto, y RENDA, Andrea, «The European Commission's case against Microsoft: kill Bill?», *World competition*, vol. 27, núm. 4, 2004, pp. 513-566.
- PAULIS, Emil, y GAUER, Céline, «Le règlement no 1/2003 et le principe du ne bis in idem», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 32-40.
- PHILIPPE, Jérôme, «Abus de position dominante: prédation et récupération dans la jurisprudence récente», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 199-204.
- PIGNATARO, Laura, «Le misure di esecuzione del Regolamento núm. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato», *Contratto e impresa. Europa*, anno IX, núm. 2, 2004, pp. 1031-1067.
- PRIETO, Catherine, y RODA, Jean-Christophe, «Les politiques de clémence en Europe: quelles évolutions pour la clémence dans l'Union européenne?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 12-15.
- PRIETO, Catherine; SPECTOR, David, y WACHSMANN, Anne, «Pratiques unilatérales», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 61-70.
- REICHELDT, Daniel, «To what extent does the co-operation within the European competition network protect the rights of undertakings?», *Common market law review*, vol. 42, núm. 3, 2005, pp. 745-782.
- REINHARDT, Petra, *Paradigmenwechsel im EG-Wettbewerbsrecht?: dargestellt am Beispiel selektiver Vertriebssysteme*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 365 pp.
- RENZULLI, Analiza, «Sanzioni amministrative e tutela dei diritti fondamentali nel diritto comunitario della concorrenza», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2004, pp. 1405-1409.
- REY, Patrick, «Analyse économique des effets unilatéraux», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 137, débats, 2004, pp. 29-33.
- RILEY, Alan J., «Beyond leniency: enhancing enforcement in EC antitrust law», *World competition*, vol. 28, núm. 3, 2005, pp. 377-400.
- RINCAZAUX, Philippe, y DIENY, Emmanuel, «Position dominante collective: vers une notion unifiée?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 125-131, y núm. 4, pp. 117-122.
- RITTER, Cyril, «Does the law of predatory pricing and cross-subsidisation need a radical rethink?», *World competition*, vol. 27, núm. 4, 2004, pp. 613-649.
- RITTER, Cyril, y GOTTI TEDESCHI, Riccardo, «The new procedure under article 9 Regulation 1/2003: advantages and weaknesses», *Tedeschi Contratto e impresa. Europa*, anno X, núm. 1, 2005, pp. 383-403.
- «Refusal to deal and "essential facilities": does intellectual property require special deference compared to tangible property», *World competition*, vol. 28, núm. 3, 2005, pp. 281-298.
- ROBIN, Catherine, «De l'intérêt du réseau d'agents en droit des ententes et du danger des participations aux réunions», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 5, 2005, pp. 20-23.

- ROUSSEVA, Ekaterina, «Modernizing by eradicating: how the Commission's new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints», *Common market law review*, vol. 42, núm. 3, 2005, pp. 587-638.
- SAVOURÉ, Jean-Charles, «La solitude de l'entreprise face aux incertitudes du droit des ententes», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 147-161.
- SCARCIA, Giovanna, «In tema di contrasto normativo tra una legge nazionale ed una legge comunitaria antitrust: quando il disposto di una norma nazionale di 6.380 favore scrimina il comportamento anticoncorrenziale», *Rivista del diritto commerciale*, anno CII, núm. 4-6, pt. II, 2004, pp. 171-191.
- SCHAUB, Alexander, «The Commission's position within the network», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 237-246.
- SCHNELLE, Ulrich; BARTOSCH, Andreas, y HÜBNER, Alexander, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht: Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf die Kartellrechtspraxis*, München, Boorberg, 2004, 196 pp.
- SCHUHMACHER, Florian, «Kollektive Marktbeherrschung und koordinierte Effekte im EG-Wettbewerbsrecht», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, heft 6, 19 jahrg, 2005, pp. 245-256.
- SIMIC, Igor, y GEFFRIAUD, Pascale, «L'évolution de la politique de la Commission européenne en matière d'amendes = Evolution of the European Commission's policy on fines», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 6, 2004, pp. 835-863.
- SLATER, Donald, y WAELBROECK, Denis F., «Meeting competition», *30 years of European legal studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, 2005, pp. 431-444.
- SIRAGUSA, Mario, «The Commission's position within the network: the perspective of the legal practitioners», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 255-267.
- SMEETS, Dominique, «Nouveau règlement européen en matière d'ententes et nouveau rôle du Conseil de la concurrence», *DA - Droit des affaires*, núm. 71, 2004, pp. 21-37.
- SMITS, Catherine, «La notion d'avantage et le critère de "l'opérateur en économie en marché"», *Aides d'État*, 2005, pp. 53-78.
- «The European competition network: selected aspects», *Legal issues of economic integration*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 175-192.
- SOLTÉSZ, Ulrich, «Der "Kronzeuge" im Labyrinth des ECN: zur Behandlung von Leniency-Anträgen im Netzwerk der Kartellbehörden», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 6, jahrg, 55, 2005, pp. 616-624.
- SPONTONI, Federica, «Mercato informatico e suoi conflitti: il caso Microsoft», *Affari sociali internazionali*, anno XXXIII, núm. 3, 2005, pp. 69-90.
- STEEN KNUDSEN, Jette, «Is the single European market an illusion?: obstacles to reform of EU takeover regulation», *Law journal: review of European law in context*, vol. 11, issue 4, 2005, pp. 507-524.
- STOPPER, Martin, «Der Microsoft-Beschluss des EuG», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, heft 1, 3 jahrg, 2005, pp. 87-110.
- STRENG, Alfred, «Must carry and must offer», *NIR: nordiskt immateriellt rättsskydd*, årg. 74, häfte 3, 2005, pp. 291-301.
- STURM, Roland, «Networking in an uncharted territory: the relationship between the members of the network and their national governments», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 275-282.

- STUYCK, Jules H. V., «La place des consommateurs dans le nouveau système d'application des articles 81-82 CE», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 191-223.
- TACCOGNA, Gerolamo, «Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondol'interpretazione della Corte di giustizia», *Il foro amministrativo*, vol. III, 10, TAR, 2004, pp. 2801-2810.
- «Orientamenti interpretativi della Corte di giustizia, riforme e prospettive di evoluzione della concorrenza nei pubblici appalti», *Il foro amministrativo*, vol. IV, 2, TAR, 2005, pp. 607-614.
- THALHAMMER, Dieter, «Die Rolle der Schiedsgerichte bei der Durchsetzung von EG-Kartellrecht unter dem Regime der VO 1/2003: zugleich ein Beitrag zu Ob 270/03t und Paragr. 124 KartG», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, heft 2, 19. Jahrg, 2005, pp. 62-70.
- TONETTI, Alessandro, «La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1, 2005, pp. 83-129.
- TOSATO, Gian Luigi, y BELLODI, Leonardo, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza: aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004, 642 pp.
- «Il processo di modernizzazione», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 25-47.
- TUNNEY, James, «Pragmatic cosmopolitan approach to potential judicial development of the legal concept of culture under articles 81 and 82», *ERA-Forum*, núm. 1, 2005, pp. 62-86.
- VALENTINO, Luigi, «L'esatta individuazione dell'intervento statale delimita il campo di applicazione della normativa comunitaria», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2004, pp. 1410-1416.
- VAN BAELE, Ivo, «A "big bang" in EC antitrust enforcement procedure», *30 years of European legal studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, 2005, pp. 371-385.
- «Abuse of a dominant position: recent developments under article 82 EC», *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja = Konkurrenssrättslig årsbok = Competition law yearbook*, 3 vuosik, 2004-2005, pp. 305-320.
- VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard, «La décentralisation du droit européen de la concurrence: présentation de la réforme», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 21-60.
- VIENNOIS, Jean-Pierre, «Les rapports entre droit communautaire de la concurrence et droits nationaux sous l'empire du règlement (CE) no 1/2003, du 16 décembre 2002», *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 33-47.
- VOGEL, Louis, y VOGEL, Joseph, «Du droit à la régulation de la concurrence: les programmes de clémence», *La semaine juridique. Entreprise et affaire*, núm. 23, 2005, pp. 971-973.
- VOILLEMOT, Dominique, *Gérer la clémence*, Paris, Forum Européen de la Communication; Bruxelles, Bruylant, 2005, 123 pp.
- VOLKMAN, Sebastian, *Forschungs- und Entwicklungskooperationen im neuen EU- Kartellverfahrensrecht*, Bremen, Salzwasser-Verlag, 2005, 156 pp.
- WACHSMANN, Anne, y SARRAZIN, Édouard, «Quelle réforme pour l'article 82 CE?: limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante: quelques réflexions», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 10-13.

- «Gains d'efficacité et bilan économique: nouvel Eldorado?», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 137, débats, 2004, p. 29.
- WÆLBROECK, Denis F., «Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le règlement (CE) 1/2003 relatif à l'application des articles 81 et 82 du traité CE», *Aspects récents du droit de la concurrence*, 2005, pp. 1-51.
- «Michelin II: a per se rule against rebates by dominant companies?», *Journal of competition law and economics*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 149-171.
- WHISH, Richard, «Rethinking article 82 EC», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 18-19.
- WILLEM KIST, Anne, «Exchange of information: scope and limits seen from the perspective of the national competition authorities», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 355-367.
- WILS, Wouter P. J., «La pénalisation du droit communautaire est-elle la solution? = Is criminalization of EU competition law the answer», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 139-177.
- «Is criminalization of EU competition law the answer?», *World competition*, vol. 28, núm. 2, 2005, pp. 117-159.
- WINCKLER, Antoine, «Entre chien et loup, ou la loyauté mal récompensée», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 5, 2005, pp. 113-119.
- WOLF, Gunnar, *Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen: Lehren aus den Verfahren gegen IBM und Microsoft für die Anwendung des Kartellrechts in Hochtechnologiemärkten*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 307 pp.
- WOOD, David, y BAVAREZ, Nicolas, «Sector inquiries under EU competition law», *Competition law insight*, vol. 4, issue 2, 2005, pp. 3-5.
- WOUDE, Marc H. van der, «Exchange of information within the European competition network: scope and limits», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 369-388.
- ZÖTTL, Johannes, «Das neue EG-Kartellrecht für Technologietransferverträge: erste Erfahrungen aus der Anwendungspraxis», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, heft 1, 51. Jahrg, 2005, pp. 33-47.
- ZWIENER, Julia, *Die Auswirkungen der Verordnung Nr. 1/2003 auf das europäische und deutsche Kartellverfahren*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 277 pp.

C. RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA

- ARAUJO BOYD, Marcos (coord.), *Comentarios al Reglamento (CE) 1400/2002, de distribución de automóviles*, Marcial Pons, 2005, 611 pp.
- BARBET, Philippe, «Distribution automobile en Europe et concurrence: le point de vue de l'économiste», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 151, débats, 2005, pp. 12-16.
- BENZONI, Laurent, «Fondements de l'analyse économique des restrictions verticales», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 151, débats, 2005, pp. 7-10.
- BERTIN, Renaud, «Distribution automobile certes, mais distribution sélective avant tout: note», *Recueil Le Dalloz*, 2e cahier (bleu), 181e année, 2005, núm. 32, pp. 2227-2232.
- BILLHARDT, Sven, *Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 185 pp.

- BORTOLOTTI, Fabio, *Il contratto di franchising: la nuova legge sull'affiliazione commerciale, le nuove norme antitrust europee*, Padova, CEDAM, 2004, 311 pp.
- BOURGEON, Christian, «L'impact du règlement automobile sur les structures de la distribution: le point de vue du juriste», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 151, débats, 2005, pp. 16-21.
- CAPELLI, Fausto, «Efficacia degli accordi di esclusiva non notificati», *Scritti di diritto comunitario*, vol. II, 1979, pp. 495-497.
- «L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza al regime degli sconti», *Scritti di diritto comunitario*, vol. II, 1979, pp. 497-499.
- CARLTON, Dennis W., *Tying, upgrades, and switching costs in durable-goods markets*, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research, 2005, NBER working paper series, working paper 11407 (<http://papers.nber.org/papers/W11407>).
- CARRON, Blaise, *Les transactions couplées en droit de la concurrence: analyse économique et juridique comparée: droit américain (tying arrangements, sct. 1 Sherman Act), droit communautaire (vente liées, art. 81 et 82 TCE) et droit suisse (affaires liées, art. 7 LCart)*, Zürich, Schulthess, 2004, 470 pp.
- CARUSO, Antonio, «Il regolamento d'esenzione 2790/1999: nuovi scenari per la valutazione delle intese verticali e qualche "missed opportunity"», *Contratti d'impresa e restrizioni verticali*, 2004, pp. 3-53.
- CAVANI, Giovanni, «Contratto di agenzia: le regole di concorrenza», *Contratti d'impresa e restrizioni verticali*, 2004, pp. 73-92.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel, «Contrato de franquicia, ordenación del comercio y Derecho de la competencia», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 104, núm. 2, 2005, pp. 399-432.
- GHIDINI, Gustavo, y AREZZO, Emanuela, «Who gains, who loses: the EU Commission's Regulation on Car Distribution», *Studi in onore di Gerhard Schricke*, 2005, pp. 347-363.
- GILLIÉRON, Hubert Orso, *Les contrats verticaux en droit communautaire et suisse de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant; Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; Zurich, Schulthess, 2004, 429 pp.
- GOYDER, Joanna, *EU distribution law*, 4.^a ed., Oxford, Hart, 2005, 365 pp.
- GUIDOTTI, Rolandino, y SOLDATI, Nicola, *Contratti d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione; con il commento alla l. 6 maggio 2004, núm. 129 sul franchising*, Milano, Giuffrè, 2004, 492 pp.
- HILDEBRAND, Doris, *Economic Analyses of Vertical Agreements*, Kluwer Law, 2005, 134 pp.
- HORSCH, Saskia, *Die Handelsvertretung im EG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen*, Münster, Lit, 2005, 495 pp.
- IDOT, Laurence, «Quelques exemples de la difficulté du juge du contrat à appréhender le droit de la concurrence et le règlement núm. 2790/99», *Revue des contrats*, 4, 2005, pp. 1033-1036.
- JOFER, Florian, *Vertikalvereinbarungen als Regelungsproblematik des internationalen Handels- und Kartellrechts*, Bern, Stämpfli, 2004, 378 pp.

- KASTEN, Boris, *Höchstpreisbindungen: die kartellrechtliche Sanktionierung privatautonom-vertikaler Maximalpreisvereinbarungen: ökonomische Analyse und Vergleich der Behandlung nach US-amerikanischem Antitrust Law, europäischen Wettbewerbsregeln und deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 1051 pp.
- KILESTE, Patrick; PONCELET, Albert, y LYCKE, Bernard, «Pourquoi la loi de 1961 reste applicable à la distribution automobile?», *Journal des tribunaux*, núm. 6186, 124e année, 2005, pp. 439-441.
- KLEVSTRAND, Simen M., «Multi-branding of cars: a paper tiger?», *European competition law review*, vol. 26, issue 10, 2005, pp. 538-545.
- LAMBERT, Thierry, «Le contrôle de l'assistance dans le contrat de bière», *Recueil Le Dalloz*, 2e cahier (bleu), núm. 16, 2005, pp. 1085-1089.
- MORIZOT, Éric, «La distribution des parfums et cosmétiques à l'épreuve du règlement communautaire sur les restrictions verticales», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 151, débats, 2005, pp. 10-12.
- PAMPEL, Gunnar, *Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 179 pp.
- PAUTKE, Stephanie, y JONES, Keith, «Competition law limitations for the distribution of pharmaceuticals: rough guide to the brave new world», *European competition law review*, vol. 26, issue 1, 2005, pp. 24-36.
- POLO REDONDO, Yolanda; BORDONABA JUSTE, María Victoria, y PALACIOS, Laura Lucía, «Proceso de entrada y salida del mercado: análisis del mercado de la franquicia», *Cuadernos de estudios empresariales*, núm. 15, 2005, pp. 9-26.
- RHEINLÄNDER, Peter, «Beschränkungen des Internet-Einzelhandels in selektiven Vertriebssystemen nach art. 81 EGV», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, heft 3, 51 jahrg, 2005, pp. 285-290.
- SITBON, Éric, «Le contrat de distribution», *Droit de l'économie internationale*, 2004, pp. 587-600.
- VACCÀ, Cesare, «Le regole del franchising, fra prassi contrattuale e disciplina legislativa», *Contratti d'impresa e restrizioni verticali*, 2004, pp. 403-475.

D. ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

- AMERICAN BAR ASSOCIATION (Section of Antitrust Law), *Model jury instructions in civil antitrust cases*, Chicago, Ill: ABA Section of Antitrust Law, 2005.
- ABDELGAWAD, Walid, «L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE», *Revue de l'arbitrage*, núm. 2, 2004, pp. 253-282.
- BARBIER DE LA SERRE, Éric, «Nourissat, Cyril, Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence: à la recherche du bon équilibre», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 68-73.
- «Les autorités nationales de concurrence et le renvoi préjudiciel: les enseignements ambigus de l'arrêt Syfait», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 59-64.
- BLANKE, Gordon, «The role of EC competition law in international arbitration: a plaidoyer», *European business law review*, vol. 16, issue 1, 2005, pp. 169-181.
- BOURGEOIS, Jacques H. J., «Consultations between national competition authorities and the European Commission in a decentralised system of EC competition law enforcement», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 427-431.

- BOURGEOIS, Jacques H. J., y BAUMÉ, Tristan, «Decentralisation of EC competition law enforcement and general principles of Community law», *30 years of European legal studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, 2005, pp. 387-406.
- 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.
- BUTTAZZI, Barbara, «Il regolamento comunitario núm. 1 del 2003 e le sue ricadute sui processi nazionali», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LIX, núm. 1, 2005, pp. 183-208.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana, «Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: viejos problemas y nuevos dilemas», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2005, pp. 1357-1378, y en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 53, núm. 2, 2005, pp. 307-357.
- CANENBLEY, Cornelis, y ROSENTHAL, Michael, «Co-operation between antitrust authorities in- and outside the EU: what does it mean for multinational corporations?», part 1, *European competition law review*, vol. 26, 2005, issue 2, pp. 106-114, issue 3, pp. 178-187.
- CANIVET, Guy, «L'organisation des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2004, pp. 21-28.
- CHEYNEL, Benjamin, y NOURISSAT, Cyril, «Adaptation du droit français au droit communautaire: commentaire de l'ordonnance núm. 2004-237, du 4 novembre 2004», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 63-68.
- «Quels droits de la défense pour les entreprises poursuivies sous l'empire du nouveau règlement "concurrence"?, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 75-115.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel, «La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex art. 234 del Tratado CE y su necesaria revisión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 238, 2005, pp. 3-27.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, «Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em atuações de inspeção», *Regulação e concorrência*, 2005, pp. 121-157.
- COULON, Emmanuel, «Le rôle du juge», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 67-107.
- 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, Antoni, «La aplicación judicial», *Modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, pp. 69-88.
- DE SMIJTER, Eddy, y LAURILA, Maija, «Interaction between the Commission and national courts in the modernised antitrust enforcement system: observations on scope and challenges», *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja = Konkurrensrättslig årsbok = Competition law yearbook*, 3. vuosik, 2004-2005, pp. 23-33.
- DECOCQ, André, «L'ordonnance no 2004-1173, du 4 novembre 2004, portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence», *Revue de jurisprudence commerciale*, núm. 6, 2004, pp. 499-505.

- DEKEYSER, Kris, y DE SMIJTER, Eddy, «The exchange of evidence within the ECN and how it contributes to the European co-operation and co-ordination in cartel cases», *Legal issues of economic integration*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 161-174.
- DENRUYTER, Muriel, «Le droit européen de la concurrence à l'épreuve du secret professionnel des juristes = European competition law put to the test as regards lawyers' legal professional privilege», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 6, 2004, pp. 751-796.
- DI PASCALE, Alessia, «Il ruolo delle autorità nazionali in materia di concorrenza e prospettive di decentramento a livello federale regionale», *Federalismo e regionalismo*, 2005, pp. 45-66.
- EVANS, David S., «How economists can help courts design competition rules: an EU and US perspective», *World competition*, vol. 28, núm. 1, 2005, pp. 93-99.
- FAURÉ, Valérie, *L'apport du tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, 765 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.
- FOURGOUX, Jean-Claude, «Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement núm. 1/2003 sur les règles de concurrence?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 123-125.
- FOURGOUX, Jean-Louis, «Les limites apportées par la jurisprudence au pouvoir discrétionnaire des autorités de concurrence en matière d'enquêtes de concurrence», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 165-183.
- FRIGNANI, Aldo, «I poteri di ispezione ed il diritto di difesa nella normativa anti-trust dell'Unione europea», *Contratto e impresa. Europa*, anno IX, núm. 2, 2004, pp. 1001-1030.
- FUCHS, Andreas, «Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht», *Europarecht*, beiheft 2, 2005, pp. 77-118.
- GAO, Jijia, «The missing piece: international commercial arbitration in the modernized EC competition law regime», *Markt en mededinging*, jaarg. 8, nr. 1, 2005, pp. 12-16.
- GÉRADIN, Damien, y LAROUCHE, Pierre, «L'application décentralisée du droit de la concurrence dans les secteurs libéralisés: l'exemple des communications électroniques», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 165-190.
- GRARD, Loïc, «Le développement des réseaux européens d'autorités en droit public des affaires: vers de nouveaux circuits de régulation sur le marché unique», *Les dynamiques du droit européen en début de siècle: études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, 2004, pp. 83-104.
- HAMER, Jens, «The role of the national judge under Regulation 1/2003», *European law reporter*, núm. 6, 2005, pp. 230-239.
- HINDS, Anna-Louise, «New EC competition decentralisation policy: an effective enforcement mechanism?», *Irish law times*, vol. 23, núm. 5, 2005, pp. 70-76.
- IANNICELLI, Serena, «La "longa manus" della modernizzazione del diritto anti-trust europeo (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 4 febbraio 2005, núm. 2207)», *Rassegna Avvocatura dello Stato*, anno LVII, núm. 1, 2005, pp. 218-223.

- JANSEN, Oswald, «The system of international cooperation in administrative and criminal matters in relation to Regulation EC 1/2003», *Revue européenne de droit public = European review of public law*, vol. 16, núm. 2, 2004, pp. 355-416.
- JENNY, Frédéric, «Does the effectiveness of the EU network of competition authorities depend on a certain degree of homogeneity within its membership (with respect to status, structure, powers, responsibilities, etc.)?», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 203-210.
- KATZ, David, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 2004, 473 pp.
- KLAUSER, Alexander, «Private enforcement von EU-Kartellrecht», *Ecolex*, heft 1, 16 jahrg, 2005, pp. 87-88.
- KOZAK, Malgorzata, «Private enforcement of competition rules under Community and Polish law: comments after accession = La sanction civile des violations du droit de la concurrence au regard de l'acquis communautaire et du droit polonais: quelques commentaires apres l'adhésion», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 3, 2005, pp. 375-388.
- LASSERRE, Bruno, «Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 42-51.
— «Modernisation: les adaptations nécessaires du Conseil de la concurrence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2004, pp. 29-39.
- LEGAL, Hubert, «Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 1-2.
- LOQUIN, Éric, «Arbitrage international: CA Paris, 1re ch. C, 18 nov. 2004, Sté Thales c/ Sté Euromissile», *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, núm. 2, 2005, pp. 263-266.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y BROKELMANN, Helmut, «The possible consequences of a relatively broad scope for exchange of confidential information on national procedural law and antitrust sanctions», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 405-418.
- MEFFRE, Jean-Marie, y GUET, Claudie, «Modernisation du droit communautaire de la concurrence: le contrôle a posteriori de la licéité des accords par le juge national: questions de procédure», *Recueil Le Dalloz*, Le cahier (rouge), no 5, 181e année, 2005, pp. 361-369.
- MÖLLER, Gustaf, «On competition matters and Finnish arbitration law», *Grenzüberschreitungen: Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit: Festschrift für Peter Schlosser*, 2005, pp. 599-611.
- NIHOUL, Paul, y BELLIS, Jean-François, *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence: un rôle accru pour le praticien?: journée d'études du vendredi 20 février 2004*, Université Catholique de Louvain, Centre d'études Jean Renauld, Bruxelles, Bruylant; Louvain-la-Neuve, Academia, 2004, 262 pp.
- NOURISSAT, Cyril, «La place de l'arbitrage dans le nouveau paysage communautaire de la concurrence», *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 51-62.
- NOURISSAT, Cyril; WITTERWULGHE, Robert, y BRUNET, Cécile, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un défi pour les juridictions françaises*, Université Jean Moulin, Faculté de droit, Centre d'études européennes, Paris, Dalloz, 2004, 190 pp.

- PAGE, Lorenzo Federico, «L'applicazione decentrata», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 221-254.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, «Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia», *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 6, 2005, pp. 11-76.
- PONET, Béatrice, «L'impact du règlement de modernisation sur le Conseil belge de la concurrence: quelques considérations», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 139-168.
- REICH, Norbert, «The "courage" doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?», *Common market law review*, vol. 42, núm. 1, 2005, pp. 35-66.
- REICHELDT, Daniel, «To what extent does the co-operation within the European competition network protect the rights of undertakings?», *Common market law review*, vol. 42, núm. 3, 2005, pp. 745-782.
- ROBIN, Catherine, «De l'intérêt du réseau d'agents en droit des ententes et du danger des participations aux réunions», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 5, 2005, pp. 20-23.
- ROBINSON, James, y PIMLOTT, Nick, «Les actions menées au Royaume-Uni en réparation du préjudice né de la violation des droits communautaire et anglais de la concurrence = Damages actions in the UK for breaches of UK and EU competition law», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 179-185.
- ROSSI DAL POZZO, Francesco, «Decentramento decisionale in materia di concorrenza: Italia e Svizzera a confronto», *Federalismo e regionalismo*, 2005, pp. 67-92.
- SCHAUB, Alexander, «The Commission's position within the network», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 237-246.
- SCHURMANS, Christine, «Le rôle du juge dans la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 89-122.
- SCUFFI, Massimo, «L'istruttoria nei giudizi antitrust: collaborazione informativa e strumenti di indagine a disposizione del giudice nazionale», *Il diritto industriale*, anno XIII, núm. 5, 2005, pp. 473-481.
- SEBASTIO, Francesca, «La legittimazione attiva in materia di ricorsi antitrust», *Giustizia civile*, col. LV, 4, pt. I, 2005, pp. 907-914.
- SÉLINSKY, Véronique, «Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 17-22.
- SIRAGUSA, Mario, «The Commission's position within the network: the perspective of the legal practitioners», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 255-267.
- SMEETS, Dominique, «Nouveau règlement européen en matière d'ententes et nouveau rôle du Conseil de la concurrence», *DA - Droit des affaires*, núm. 71, 2004, pp. 21-37.
- STURM, Roland, «Networking in an uncharted territory: the relationship between the members of the network and their national governments», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 275-282.
- TESAURO, Giuseppe, «The relationship between national competition authorities and their respective governments in the context of the modernisation initiative», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 269-273.

- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, «Problemas jurídicos derivados de la concurrencia potencial de procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 119-146.
- VAN DEN BOSSCHE, Anne-Marie, «Decentralisation in a system of legal exception: the role of national competition authorities under Regulation 1/2003», *The European Union, an ungoing process of integration: liber amicorum Alfred E. Kellermann*, Den Haag, Asser, 2004, pp. 185-195.
- VENIT, James S., «Private practice in the wake of the Commission's modernization program», *Legal issues of economic integration*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 147-159.
- VESTERDORF, Bo, «Judicial review in EC competition law: reflections on the role of the Community courts in the EC system of competition law enforcement», *Competition policy international*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 3-27.
- VIGORITI, Vincenzo, «Avvocatura e concorrenza», *Foro italiano*, anno CXXIX, núm. 11, pt. v, 2004, col. 141-145.
- WILLEM KIST, Anne, «Exchange of information: scope and limits seen from the perspective of the national competition authorities», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 355-367.
- WILKS, Stephen, «Understanding competition policy networks in Europe: a political science perspective», *European competition law annual 2002*, 2004, pp. 65-79.

E. CONTROL DE CONCENTRACIONES

- ARNAUDO, Luca, «L'efficienza nel nuovo controllo comunitario delle concentrazioni», *Mercato concorrenza regole*, anno VII, núm. 1, 2005, pp. 51-75.
- BAXTER, Simon, y DETHMERS, Frances, «Unilateral effects under the European Merger Regulation: how big is the gap?», *European competition law review*, vol. 26, issue 7, 2005, pp. 380-389.
- BECHTOLD, Rainer, «Das EUGH-Urteil in Sachen Tetra Laval/Sidel: Auseinanderentwicklung von EG- und deutscher Fusionskontrolle», *Betriebs-Berater*, heft 20, 60 jahrg, 2005, p. I.
- BELLIS, Jean-François, «Le régime des concentrations», *Aspects récents du droit de la concurrence*, 2005, pp. 53-74.
- BENEYTO PÉREZ, José María (dir.), *Control de concentraciones empresariales*, Madrid, Dykinson, 2005, 224 pp.
- BERENGUER FUSTER, Luis, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento comunitario de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 79-118.
- BIEN, Florian, «Kerneuropäische Märkte!: Ländergruppen als räumlich relevante Märkte in der europäischen Fusionskontrolle», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, heft 1, 16 jahrg, 2005, pp. 9-15.
- BIRK, Rolf, «Die rechtliche Stellung der Arbeitnehmervertreter in der europäischen Fusionskontrolle», *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, 2005, pp. 45-55.

- BLANQUEZ PALASÍ, Luis, «La noción de efectos unilaterales en el Reglamento comunitario 139/2004 de control de concentraciones y en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales: especial atención a los asuntos GE/Instrumentarium y Oracle Peoplesoft», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 238, 2005, pp. 40-55.
- BÖGE, Ulf, y JAKOBI, Wolfgang, «Die Berücksichtigung von Effizienzen in der Fusionskontrolle», *Betriebs-Berater*, heft 3, 60. Jahrg, 2005, pp. 113-119.
- BORTOLINI, Caterina, «La procedura in materia di concentrazione», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 297-338.
- BOUGETTE, Patrice, y MONTET, Christian, «Doutes sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 9-15.
- BRAULT, Dominique, y ZOUGH, Julie, «Standard de preuve exigé en matière de contrôle des concentrations», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 12-13.
- BRIGHT, Christopher, y SCHMIDT, John, «Financial strength as a relevant criterion in EC merger analysis: a search for meaning», *European competition journal*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 293-314.
- BUHART, Jacques, «La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne», *Journal des tribunaux, Droit européen*, núm. 13e année, núm. 116, 2005, pp. 33-38.
- BUIGUES, Pierre-André, «Les lignes directrices dans l'évaluation des concentrations horizontales», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 137, débats, 2004, pp. 9-15.
- BURHOLT, Christian, «Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 15.2.2005 in der Rs. C-12/03, "Kommission/Tetra Laval BV"», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, heft 7, 51. Jahrg, 2005, pp. 858-862.
- BURNLEY, Richard, «Who's afraid of conglomerate mergers?: a comparison of the US and EC approaches», *World competition*, vol. 28, núm. 1, 2005, pp. 43-70.
- CHRISTIANSEN, Arndt, «Die "Ökonomisierung" der EU-Fusionskontrolle: mehr Kosten als Nutzen?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 3, Jahrg 55, 2005, pp. 285-293.
- COT, Jean-Mathieu; MARTIN, Stanislas, y PHILIPPE, Jérôme, «Concentrations», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 79-87.
- CUNHA, Carolina, *Controlo das concentrações de empresas (direito comunitário e direito português)*, Coimbra, Almedina, 2005, 262 pp.
- DENZEL, Ulrich, «Die Zeichen stehen auf Sturm: fällt nach dem Urteil des EuGH in Tetra Laval vom 15.2.2005 nun auch GE/Honeywell?», *Betriebs-Berater*, heft 20, 60. Jahrg, 2005, pp. 1062-1068.
- DETHMERS, Frances; DODOO, Ninette, y MORFEY, Anna, «Conglomerate mergers under EC merger control: an overview», *European competition journal*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 265-291.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M., «Concentración empresarial mediante toma de control societario ("cambio duradero de control"): el asunto "Sogecable" (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las CE de 30 de septiembre de 2003)», *Noticias de la Unión Europea*, año XXI, núm. 243, 2005, pp. 81-94.
- EGGE, Michael G.; BAY, Matteo Francesco, y RUIZ CALZADO, Xavier, «The new EC Merger Regulation: recipe for profound change or more of the same?», *Il diritto dell'Unione europea*, anno IX, núm. 3, 2004, pp. 461-499.

- EHLERMANN, Claus-Dieter; VÖLCKER, Sven B., y GUTERMUTH, G. Axel, «Unilateral effects: the enforcement gap under the old EC Merger Regulation», *World competition*, vol. 28, núm 2, 2005, pp. 193-203.
- FARBMAN, Kyriell, *Die Reform der Fusionskontrollverordnung als ein Beispiel der europäischen Norusetzungspolitik*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 277 pp.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «La concentration des entreprises et le juge communautaire», *Mouvement du droit public: mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 2004, pp. 1201-1216.
- FERRO, Miguel Sousa, «Committing to commitment decisions: unanswered questions on article 9 decisions», *European competition law review*, vol. 26, issue 8, 2005, pp. 451-459.
- FIEBIG, Dietmar, «Die Behandlung von Nebenabreden (ancillary restraints) in der EU-Fusionskontrolle», *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, bd. 6, 2004, pp. 51-120.
- FOUNTOUKAKOS, Kyriakos, y RYAN, Stephen, «A new substantive test for EU merger control», *European competition law review*, vol. 26, issue 5, 2005, pp. 277-296.
- FRIESE, Sebastian; GROBENSKI, Zdenko, y SCHULENBURG, Johann-Matthias, «Graf von der Fusionskontrolle bei Unternehmenszusammenschlüssen im europäischen Versicherungssektor», *Versicherungsrecht*, heft 31, 56 jahrg, 2005, pp. 1493-1502.
- GELBERT, Sophie, «Le point de vue des entreprises sur le projet de réforme du droit communautaire des concentrations», *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 119-128.
- GERVEN, Gerwin van, y SNELS, Tom, «The new ECMR: procedural improvements», *Legal issues of economic integration*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 193-208.
- GHIDINI, Gustavo, «Il racconto di due culture?: appunti sul ruolo delle “efficienze” nella merger regulation europea ed americana», *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, t. I, 2004, pp. 691-718.
- GIFFORD, Daniel J., y KUDRLE, Robert T., «Rhetoric and reality in the merger standards of the United States, Canada and the European Union», *Antitrust law journal*, vol. 72, issue 2, 2005, pp. 423-469.
- GRENFELL, Michael, «Merger control: levels of “control”», *European competition journal*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 79-84.
- GRUBER, Johannes Peter, «Fusionskontrolle: BGH ändert Rechtsprechung», *Österreichisches Recht der Wirtschaft*, heft 3, 23 jahrg, 2005, pp. 138-140.
— «Fusionskontrolle und Marktabgrenzung», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, heft 5, 19 jahrg, 2005, pp. 205-211.
- HAGGENEY, Markus, *Marktanteilsprognosen in der europäischen Fusionskontrolle: Einflüsse der Wettbewerbstheorie und der europäischen Wettbewerbspolitik auf prognostische Bewertungen im Rahmen der EG-Fusionskontrolle*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 288 pp.
- HAUTALA, Jaana, «The EC merger review: a direction of further convergence with the US merger control regime», *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja = Konkurrenssättslig årsbok = Competition law yearbook*, 3 vuosik, 2004-2005, pp. 165-179.
- HERMES, Georg, «Gemeinschaftsrecht, “neutrale” Entscheidungsträger und Demokratieprinzip», *Europa und seine Verfassung: Festschrift für Manfred Zuleeg zum siebzigsten Geburtstag*, 2005, pp. 410-428.

- HEWITT, Garry, «Remèdes en cas de fusion», *Revue de L'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 7, núm. 2, 2005, pp. 81-157.
- *Joint ventures*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 856 pp.
- HIRSBRUNNER, Simon, «Neue Entwicklungen der europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 2003/2004», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, heft 17, 16 jahrg, 2005, pp. 519-523.
- HOFER, Paul; WILLIAMS, Mark, y WU, Lawrence, «Empirische Methoden in der europäischen Fusionskontrolle», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 2, jahrg. 55, 2005, pp. 155-162.
- IDOT, Laurence, «Divorce d'entreprises et effets anticoncurrentiels», *Les séparations internationales d'entreprises*, vol. 23, 2004, pp. 291-317.
- «Les concentrations dans le secteur des médias: business as usual?», *Revue internationale de droit économique*, núm. 1, 2005, pp. 5-25.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan, y JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María, «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.
- JORDA, Julien, «La modernisation du droit communautaire des concentrations», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 4, 2005, pp. 179-185.
- KÄSEBERG, Thorsten, «Die Analyse unilateraler Effekte im Rahmen der Fusionskontrolle: zugleich eine Besprechung der US-amerikanischen und europäischen Entscheidungen im Fall Oracle/PeopleSoft», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 10, jahrg. 55, 2005, pp. 998-1004.
- KLEES, Andreas, *Europäisches Kartellverfahrensrecht: mit Fusionskontrollverfahren*, Köln, Heymann, 2005, 495 pp.
- KOKKORIS, Ioannis, «The reform of the European Control Merger Regulation in the aftermath of the Airtours case: the eagerly expected debate: SLC v. Dominance Test», *European competition law review*, vol. 26, issue 1, 2005, pp. 37-47.
- KOPF, Wolfgang, «European merger reform: ERT perspective», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 139, 2004, pp. 18-19.
- LA LAURENCIE, Jean-Patrice de, «Un an d'actualité du contrôle des concentrations communautaires», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 246, 2004, pp. 55-71.
- LÉVÊQUE, François, «L'analyse statistique du contrôle européen des concentrations», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 20-25.
- «Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis: lequel est le plus sévère?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 20-23.
- LINDER, Birgit, *Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle: eine Untersuchung zum US-amerikanischen, deutschen und europäischen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 373 pp.
- LOWE, Philip, «Principes et perspectives du contrôle communautaire des concentrations à la lumière de la récente réforme du règlement», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 139, 2004, pp. 4-10.
- MATTES, Friederike, *Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle: Entstehungsgeschichte und kritische Auseinandersetzung*, München, M-Press, 2004, 348 pp.

- MEGLIANI, Mauro, «La riforma della disciplina comunitaria del controllo delle concentrazioni tra imprese», *Diritto del commercio internazionale*, 18.3, 2004, pp. 685-724.
- MEROLA, Massimo, «Evolution of EC merger control from original proposal to Regulation núm. 139/2004», *30 years of European legal studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, 2005, pp. 419-430.
- NAVARRO VARONA, Edurne, *Merger control in the European Union: law, economics and practice*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, 682 pp.
- NICHOLSON, Malcolm; CARDELL, Sarah, y MCKENNA, Bronagh, «The scope of review of merger decisions under community law», *European competition journal*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 123-152.
- ÖRTEL, Astrid, *Die Oligopolproblematik in Wettbewerbstheorie und europäischer Fusionskontrollpraxis*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 199 pp.
- PAPPALARDO, Aurelio, «Le nouveaux règlements sur le contrôle des concentrations: de nouvelles règles pour les entreprises dans une Union élargie ou une étape supplémentaire dans la recherche d'un régime stable?», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2, 2004, pp. 155-183.
- «Boncentrations: règles applicables et autorités compétentes», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 123-137.
- PASCUAL MORCILLO, Álvaro, y ARMENGOL GASULL, Oriol, «Participaciones minoritarias y Derecho de la competencia», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 229-258.
- RUIZ CALZADO, Javier, «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones: reflexiones a propósito del Asunto Oracle/Peoplesoft», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 167-188.
- SCHULTE, Josef L., y BRUHN, Heiner, *Handbuch Fusionskontrolle*, Neuwied, Luchterhand, 2005, 943 pp.
- SCHWALBE, Ulrich, *Ökonomisierung der Fusionskontrolle: nichtkoordinierte Effekte und der SIEC-Test: Referat im Rahmen der Vortragsreihe «Rechtsfragen der europäischen Integration»*, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2004, 22 pp.
- SEVY, David, «Le contrôle des concentrations dans les industries de réseau: particularités et enjeux», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 5, 2005, pp. 9-14.
- SOAMES, Trevor, y MAUDHUIT, Sylvie, «Changes in EU Merger Control», *European competition law review*, vol. 26, 2005, issue 1, pp. 57-64, issue 2, pp. 75-82, issue 3, pp. 144-150.
- STEHMANN, Oliver, y RAYA AGUADO, Javier, «The Air France-KLM merger: a first step towards the consolidation of the European aviation industry», *European competition law review*, vol. 26, issue 5, 2005, pp. 258-271.
- THEEUWES, Julesm, «An economic analysis of the new Regulation 139/2004», *Legal issues of economic integratio*, vol. 32, núm. 2, 2005, pp. 209-217.
- TODINO, Mario, «La riforma del controllo delle concentrazioni nell'ordinamento comunitario», *Contratto e impresa. Europa*, anno IX, núm. 2, 2004, pp. 1068-1085.
- TZOUGANATOS, Dimitris, «Merger Regulation 139/04: the substantive issues», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, bd. 69, heft 4, 2005, pp. 746-760.
- TZOUGANATOS, Dimitris, y WAELBROECK, Michel, «Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du traité: un étrange arrêt de la Cour de justice», *Cahiers de droit européen*, núms. 3-4, 2005, pp. 465-492.

- VELJANOVSKI, Cento, «Quantitative economic techniques in EC merger control», *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja = Konkurrenssrättslig årsbok = Competition law yearbook*, 3 vuosik, 2004-2005, pp. 181-197.
- VESTERDORF, Bo, «Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community courts», *European competition journal*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 3-33.
- VOIGT, Stefan, y SCHMIDT, André, «The Commission's guidelines on horizontal mergers: improvement or deterioration?», *Common market law review*, vol. 41, núm. 6, 2004, pp. 1583-1594.
- WAELEBROECK, Denis F., «Le juge communautaire en matière de concentrations: "censeur pédagogue" ou juge de la légalité?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 1-2.
- WEITBRECHT, Andreas, «EU merger control in 2004: an overview», *European competition law review*, vol. 26, issue 2, 2005, pp. 67-74.
- WEKSTEIN-STEG, Isabelle, «Le droit des concentrations appliqué au secteur des industries culturelles», *ERA-Forum*, núm. 1, 2005, pp. 58-61.
- ZENKE, Ines; NEVELING, Stefanie, y LOKAU, Bernhard, *Konzentration in der EnergieWirtschaft: politische und rechtliche Fusionskontrolle*, München, Beck, 2005, 340 pp.

F. AYUDAS PÚBLICAS

- ACIERNO, Silvia, y BAQUERO CRUZ, Julio A., «La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos», *Revista Española de Derecho Europeo*, 9, 2004, pp. 169-190.
- ALDESTAM, Mona, *EEC State aid rules applied to taxes: an analysis of the selectivity criterion*, Uppsala, Iustus, 2005, 281 pp.
- ALEXIS, Alain; CHÉROT, Jean-Yves, y DERENNE, Jacques, «Aides d'État», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 88-96.
- ANDREOU, Christos, «State aid control in Cyprus», *European state aid law quarterly*, vol. 4, núm. 1, 2005, pp. 27-29.
- BÄR-BOUYSSIÈRE, Bertold, «Les règlements d'exemption en matière d'aides d'État», *Aides d'État*, 2005, pp. 171-193.
- BEDNÁR, Josef, «The State aid control procedures in the Czech Republic, Latvia and Lithuania before and after accession: the State aid control procedure in the Czech Republic», *European state aid law quarterly*, vol. 4, núm. 2, 2005, pp. 265-273.
- BELLODI, Leonardo, y GRESpan, Davide, «La procedura in materia di aiuti», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 339-429.
- BÉLORGEY, Jean-Marc, «Procédure aides d'État: la recherche du juste équilibre», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 37-38.
- BOUTEMY, Bernard, y MEIER, Eric, «Restitution de taxes non conformes au droit communautaire et enrichissement sans cause», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, núm. 8, 2005, pp. 338-341.
- BOVIS, Christopher H., «State aid and European Union transport: a reflection on law, policy and practice», *Journal of world trade*, vol. 39, núm. 4, 2005, pp. 587-636.

- «Financing services of general interest in the EU: how do public procurement and State aids interact to demarcate between market forces and protection?», *European law journal: review of European law in context*, vol. 11, issue 1, 2005, pp. 79-109.
- BRISSON, Jean-François, «Le nouveau régime des redevances aéroportuaires», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 36, 2005, pp. 1996-2001.
- BROVILLÉ, Nicolas, «Les subventions publiques à l'épreuve de la TVA ou lorsque la Cour de justice des Communautés européennes entretient le flou», *Revue de droit fiscal*, núm. 23, 2005, pp. 977-981.
- CERASO, Linda, «Aiuti di Stato: sulla possibilità di un singolo di chiedere la restituzione di una tassa se questa costituisce parte integrante di una misura di aiuto erogato in violazione dell'art. 88, núm. 3, ultima frase, TCE», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno xv, núm. 3-4, 2005, pp. 981-991.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y KEPPELNE, Jean-Paul, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2004», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 235, 2005, pp. 54-70.
- CHEYNEL, Benjamin, «Retour sur 15 ans de jurisprudence française en matière d'aides d'État», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 42-53.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel, «El régimen tributario foral del País Vasco frente a la prohibición de ayudas de Estado en la Unión Europea: comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de septiembre de 1999 y del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 a la luz de la doctrina de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria», *Unión Europea Aranzadi*, año xxxii, núms. 8-9, 2005, pp. 13-23.
- CLIMENT GUIMERÁ, Matilde, «Política comunitaria de ayudas públicas: la modernización pendiente», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 311-328.
- CLIQUENNOIS, Martine, «Les aides publiques de l'État à l'environnement: entre interventionnisme environnemental et libéralisme économique?», *Revue française de finances publiques*, núm. 90, 2005, pp. 108-118.
- COLSON, Jean-Louis, «La position de la Commission vis-à-vis des aides aux entreprises en difficulté», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 143, débats, 2005, pp. 14-16.
- CROIZIER, Isabelle, «Le contrôle communautaire des aides d'État et la cohésion économique et sociale», *Les instruments juridiques de l'aménagement du territoire de l'Union européenne*, 2004, pp. 87-110.
- DAVID, Cyrille, «Différé d'imposition ou atténuation de sanction fiscale sont-ils une aide d'État prohibée?», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, núm. 7, 2005, pp. 266-270.
- DE BEYS, Julien, *La décision de la Commission européenne du 12 février 2004 sur les aides d'État accordées à Ryanair*, Bruxelles, CRISP, 2004, 36 pp.
- DE ROSE, Claudio, «Aiuti alle imprese e garanzie di legittimità comunitaria degli atti in materia: commento a cons. Stato, vi sez, núm. 516 del 2005», *Il Consiglio di Stato*, anno lvi, núm. 2, pt. II, 2005, pp. 367-374.
- DELCROS, Xavier, «Financement des services publics et aides d'État: quelles compensations aux obligations de service public admettre?: table ronde», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 239, 2004, pp. 40-54.

- DELGADO PIQUERAS, Francisco, «Exacciones obligatorias para la financiación de campañas publicitarias y ayudas de Estado (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 2004, ¿Caso Pearle?)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 240, 2005, pp. 19-34.
- DESMOULIN, Gil, «Les aides financières de la Communauté européenne en matière de protection de l'environnement: un exemple de subsidiarité budgétaire et financière?», *Revue française de finances publiques*, núm. 90, 2005, pp. 97-107.
- DI BARI, Francesc Alberto, «L'interpretazione degli obblighi della Commissione nel procedimento di controllo in materia di aiuti regionali destinati ai grandi progetti d'investimento», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2005, pp. 861-864.
- DI BUCCI, Vittorio, «Le contrôle communautaire des aides d'État et le sport», *L'observateur de Bruxelles*, núm. 62, 2005, pp. XIV-XV.
- DONY, Marianne, y SMITS, Catherine, *Aides d'État*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, 234 pp.
- «Aides d'État (année 2004)», *Journal des tribunaux. Droit européen*, 13e année, núm. 119, 2005, pp. 141-153.
- ECKERT, Frank, «EG-Beihilferecht und Grundstückskaufvertrag», *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis*, heft 10, 9 jahrg, 2005, pp. 345-351.
- EHRICKE, Ulrich, «Die neuen Leitlinien der EG-Kommission über Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, heft 3, 16 jahrg, 2005, pp. 71-75.
- ERBGUTH, Wilfried, «EU-Beihilferecht und Förderung des Gütertransports auf der Schiene durch die Bundesländer», *Verwaltungsarchiv*, heft 4, 96 jahrg, 2005, pp. 439-463.
- EWRINGMANN, Dieter, y SCHAEFER, Thilo, «Der europäische Gemeinschaftsrahmen für Umweltbeihilfen aus Sicht der Finanzwissenschaft und Umweltökonomik», *Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik*, 2005, pp. 1-49.
- FIEBELKORN, Vera, «Das Beihilfeverfahren, oder die Frage, Wer ist Rückforderungsschuldner?: (Saxonia Edelmetalle GmbH vs. Kommission, T-111/01 und ZEMAG GmbH vs. Kommission, T-133/01, beide EuGH vom 11. Mai 2005)», *European law reporter*, núms 7-8, pp. 288-296.
- FRANZÈ, Roberto, «I "tributi di scopo" nella disciplina comunitaria degli aiuti di Stato alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2005, pp. 865-870.
- FURCINITI, Giuseppe, y PALLARIA, Elia, «Illegittimità degli aiuti di Stato concessi mediante agevolazioni di natura fiscale: principali problematiche applicative dell'azione di recupero», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXIX, núm. 5, 2005, pp. 696-709.
- GAROFALO, Domenico, «Federalismo e aiuti pubblici alle imprese per creare nuova occupazione», *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, 2005, pp. 767-782.
- GEBURTIG, Lars-Jörgen, «Die Abgabenerhebung im Visier des europäischen Beihilferechts: eine kritische Anmerkung zur van Calster-Rechtsprechung des EUGH», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, heft 23, 16 jahrg, 2005, pp. 716-720.

- GEBURTIG, Lars-Jörgen, «Zum Begriff der anmeldspflichtigen Beihilfe in art. 88 abs. 3 EG», *European law reporter*, núm. 3, pp. 97-100.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, «Ayudas públicas en el sector pesquero a las pequeñas y medianas empresas (Reglamentos 1595/2004 y 1680/2004)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 237, 2005, pp. 45-56.
- HADDING, Walther, «Die Bürgschaft der öffentlichen Hand bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot von Beihilfen (art. 88 abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag)», *WM – Wertpapiermitteilungen*, heft 11, 59. Jahrgang, 2005, pp. 485-489.
- HELIOS, Marcus, *Steuerliche Gemeinnützigkeit und EG-Beihilfenrecht*, Hamburg, Kovac, 2005, 263 pp.
- HERNÁNDEZ GUERRERO, Vanesa, «Aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a regímenes tributarios: reflexiones al hilo de los casos gibraltareños», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 19, 2004, pp. 869-903.
- HÖFINGHOFF, Dirk, «Notarrelevante Probleme des europäischen Beihilfenrechts», *Höfinghoff Rheinische Notar-Zeitschrift*, heft 9, 2005, pp. 387-415.
- JOUGUET, Jean-Pierre, «Les aides publiques et le juge administratif», *Le juge administratif et l'Europe*, 2004, pp. 159-170.
- KIEWITT, Anja, *Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem Gemeinschaftsrecht bei Insolvenz oder Veräußerung des Empfängerunternehmens*, Würzburg, Ergon, 2004, 254 pp.
- KLEINER, Thibault, y ALEXIS, Alain, «Politique des aides d'État: une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 45-54.
- KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen; RITTER, Nicolai, y EL-BAROUDI, Stefan, *EG-Beihilfenrecht: mit zahlreichen Übersichten und Tabellen*, Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft, 2005, 604 pp.
- KOENIG, Christian, y HARATSCH, Andreas, «EG-beihilfenrechtliche Anforderungen an staatliche globale Rückbürgschaften», *WM – Wertpapiermitteilungen*, heft 22, 59. Jahrgang, 2005, pp. 1005-1010.
- «Ring frei im DVB-T-Beihilfenstreit vor der Europäischen Kommission: terrestrischer digitaler Rundfunk vor dem Aus?», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, heft 4, 49. Jahrgang, 2005, pp. 275-283.
- KOENIG, Christian, y PFROMM, René, «Europarechtliche Aspekte des Emissionsrechtshandels: die EG-beihilfenrechtliche Perspektive», *Rechtsprobleme des CO2-Emissionshandels*, 2005, pp. 139-162.
- KRUSE, Eberhard, «Privatisierungszwang für notleidende öffentliche Unternehmen? Anmerkungen zur Beihilfekontrollpraxis der Europäischen Kommission bei der Sanierung öffentlicher Unternehmen», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, heft 2, 16. Jahrgang, 2005, pp. 66-74.
- LA SCALA, Agostino Ennio, «Il divieto di aiuti di Stato e la agevolazioni fiscali nella Regione Siciliana», *Rassegna tributaria*, anno XLVIII, núm. 5, 2005, pp. 1503-1532.
- LAGEARD, Susanne, «The Council's power to declare state aid compatible with the common market», *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung: Festschrift für Peter Fischer*, 2004, pp. 273-292.
- LAGET, Stéphane, «Taxe d'aide au commerce et à l'artisanat: note», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 13, 2005, pp. 728-732.
- LEVI, Laure, «L'identification du bénéficiaire de l'aide», *Aides d'État*, 2005, pp. 195-212.

- LIPKA, Ron, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren: zur Einordnung staatlicher Aufträge als Beihilfen und zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der Konkurrenten*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 284 pp.
- LOUIS, Steve, «Les aides nationales et communautaires à la culture, le droit européen de la concurrence et les règles de l'OMC», *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 50e année, núm. 4, 2005, pp. 564-605.
- MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo, «Ayudas de Estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post Altmark», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 237, 2005, pp. 35-44.
- MARTIN, Stanislas, y STRASSE, Christophe, «La politique communautaire des aides d'État est-elle une politique de concurrence?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 52-59.
- MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel, «El concierto económico y los derechos forales vascos en sede judicial europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 72, 2004, pp. 235-265.
- MENTO, Sandro, «Aiuti di Stato e poteri del Consiglio nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno XI, núm. 3, 2005, pp. 279-286.
- MEROLA, Massimo, «Le critère de l'utilisation des ressources publiques», *Aides d'État*, 2005, pp. 15-51.
- NICOLAIDES, Phedon; KEKELEKIS, Mihalis, y BUYSKES, Philip, *State aid policy in the European Community: a guide for practitioners*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, 136 pp.
- NICOLAIDES, Phedon, y KEKELEKIS, Mihalis, «When do firms in trouble escape from State aid rules?», *European state aid law quarterly*, vol. 4, núm. 1, 2005, pp. 17-25.
- O'BRIEN, Martha, «Company taxation, State aid and fundamental freedoms: is the next step enhanced co-operation?», *European law review*, vol. 30, núm. 2, 2005, pp. 209-233.
- PETIT LAVALL, María Victoria, «Las Directrices 2005 de la Comisión Europea sobre ayudas públicas al sector aéreo tras las Decisiones "Ryanair" e "Intermed"», *Derecho de los Negocios*, año 16, núm. 182, 2005, pp. 7-26.
- RENARD, Geoffroy, *Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité*, Paris, L'Harmattan, 2005, 178 pp.
- REUBOW, Ute, *Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilferechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 239 pp.
- RODRÍGUEZ CURIEL, José-Wenceslao, «La autonomía fiscal de las autoridades intraestatales no excluye la calificación de ayuda de Estado (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 236, 2005, pp. 84-91.
- RODRÍGUEZ CURIEL, José-Wenceslao, y PARDO SILVA, Alberto José, «Algunas precisiones de la Comisión Europea al procedimiento sobre ayudas estatales», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 236, 2005, pp. 69-83.
- RÜTTIMANN, Pierre, «Legal defense on European and national levels against alleged unlawful state aid in favour of competitors», *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, bd. 6, 2004, pp. 409-445.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, María Matilde, y SORIANO GARCÍA, José Eugenio, «El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, pp. 231-256.

- SCHMID-KÜHNHÖFER, Rüdiger, *Die Staatlichkeit von Beihilfen: Mittel- und Transferzurechnung nach art. 87 abs. 1 EG-Vertrag*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, 244 pp.
- SCHNEIDER, Jens-Peter, *Osnabrücker Gespräche zum Deutschen und Europäischen Umweltrecht (10: 2004: Osnabrück) Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik: zehnte Osnabrücker Gespräche zum deutschen und europäischen Umweltrecht am 11/12. November 2004*, Köln, Heymann, 2005, 183 pp.
- SCHOHE, Gerrit, «Le statut du plaignant», *Aides d'État*, 2005, pp. 213-223.
- SCHÖN, Wolfgang, «Playing different games?: regulatory competition in tax and company law compared», *Common market law review*, vol. 42, núm. 2, 2005, pp. 331-365.
- SIMONSSON, Ingeborg, «Privatisation and State aid: time for a new policy», *European competition law review*, vol. 26, issue 8, 2005, pp. 460-467.
- SOLTÉSZ, Ulrich, «The new multisectoral framework on regional aid: overkill or an “appropriate measure”?», *European competition law review*, vol. 26, issue 2, 2005, pp. 98-105.
- 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*, p. 301-326.
- SUTTER, Franz Philipp, *Das EG-Beihilfenverbot und sein Durchführungsverbot in Steuersachen*, Wien, Linde, 2005, 414 pp.
- SZYSZCZAK, Erika M., «Modernising State aid», *European current law*, septiembre de 2005, pp. XI-XVI.
- TETZLAFF, Thilo, «Transparency, unbundling, and goal-definition: consequences of the Ryanair-decision for airlines, airports, and states», *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, heft 1, 54. Jahrg, 2005, pp. 1-21.
- VOGEL, Louis, «Les règlements d'exemption «nouvelle generation»», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 151, 2005, débats, pp. 2-7.
- WAELEBROECK, Denis F., «La comptabilité de systèmes fiscaux généraux avec les règles en matière d'aides d'État dans le Traité CE», *Mélanges John Kirkpatrick*, 2004, pp. 1023-1045.
- «La condition de “sélectivité” de la mesure», *Aides d'État*, 2005, pp. 79-95.
- WOLF, Dieter, «State aid control at the national, European, and international level», *Law and governance in postnational Europe*, 2005, pp. 65-117.
- WOODS, Lorna, «The application of competition rules to State aid for culture», *ERA-Forum*, núm. 1, 2005, pp. 37-45.
- ZEITZ, Julia, *Der Begriff der Beihilfe im Sinne des artikels 87 abs. 1 EG-Vertrag*, Berlin, Logos, 2005, 288 pp.

G. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

- ABERMANN, Johannes, «Interchange fees in card payment systems in the US and Europe», *European competition law review*, vol. 26, issue 4, 2005, pp. 225-231.
- AMMANNATI, Laura, *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, 384 pp.
- «La regolazione “cooperativa” del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia elettrica e del gas», *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, 2005, pp. 363-384.

- ANTONUCCI, Marco, «L'accesso alla professione di avvocato: regole di mercato?», *Il Consiglio di Stato*, anno LVI, núm. 2, pt. II, 2005, pp. 357-361.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «La regulación del acceso a los mercados de telecomunicaciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 9, 2005.
- «El régimen sancionador en los mercados de telecomunicaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 2005, pp. 265-297.
- BACHES OPI, Sergio, y RODRÍGUEZ ENCINAS, Ana, «El nuevo reglamento comunitario de exención por categorías para los acuerdos de transferencia de tecnología», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 255, 2005, pp. 217-256.
- BARFUB, Walter, «Europäischer Binnenmarkt und Wettbewerbsrecht», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = Revue suisse de droit des affaires = Swiss review of business law*, heft 2, 77 jahrg, 2005, pp. 75-78.
- BARTHEL, Vera, *Das Kartellrecht der modernen Dienstleistungsgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 315 pp.
- BARTOSCH, Andreas, «Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für den Betrieb und die Nutzung von Flughafeninfrastrukturen: der neue Ansatz der Europäischen Kommission», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 11, jahrg 55, 2005, pp. 1122-1134.
- BAUR, Jürgen F., «Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der EnergieWirtschaft», *Grundsatzfragen der Energiemarktregulierung*, 2005, pp. 44-59.
- BELL, Robert S. K., y RAY, Neil, *EU electronic communications law*, Richmond, Richmond Law & Tax, 2004, 285 pp.
- BERTANI, Michele, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, Giuffrè, 2004, 301 pp.
- BOIX ALONSO, Lorena, «La genèse du nouveau règlement», *Les accords de transfert de technologie*, 2005, pp. 21-26.
- «L'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 139, Débats, 2004, pp. 29-32.
- BÖGE, Ulf, «Gas-Langfristverträge: ein Instrument der Marktabschottung», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 11, jahrg 55, 2005, pp. 1098-1103.
- BRAUN, Jens-Daniel, «Mitgliedstaatliche Glücksspielmonopole vs. EG-Wettbewerbsrecht?», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, heft 2, 8 jahrg, 2005, pp. 211-238.
- BOVIS, Christopher, «Operating aid in the transport sectors: a taxonomy of practice and jurisprudence», *European state aid law quarterly*, vol. 4, núm. 2, 2005, pp. 235-253.
- BUCH, Michael, «Kartellrechtliche Aspekte von Ausrüsterverträgen für den Wettkampfsport zwischen Herstellern und Sportverbänden», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 3, jahrg 55, 2005, pp. 266-275.
- BUYDENS, Mireille, y DE MUYTER, Laurent, «Le nouveau règlement d'exemption par catégorie pour les accords de transfert de technologie», *Cahier du juriste = Cahier van de jurist*, 11e année, núm. 2, 2004, pp. 125-133.
- CALLAGHAN, Jim, «Implications of the Charleroi case for the competitiveness of EU air transport», *European competition law review*, vol. 26, issue 8, 2005, pp. 439-444.
- CANEPA, Allegra, «La liberalizzazione dei servizi di handling: la Corte di giustizia torna sul difficile rapporto fra tutela dei diritti sociali e della concorrenza», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2005, pp. 855-860.

- CHUAH, Jason C. T., «Liner conferences in the EU and the proposed review of EC Regulation 4056/86», *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*, Part 2, 2005, pp. 207-233.
- DAVIS, Jennifer, «A European Constitution for IPRS?: competition, trade marks and culturally significant signs», *Common market law review*, vol. 41, núm. 4, 2004, pp. 1005-1026.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando, «La discriminación de precios y la política común de transportes en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, año XXI, núm. 245, 2005, pp. 37-53.
- DULLINGER, Kurt; HOLOUBEK, Michael, y SEGALLA, Patrick, *Recht und Praxis der Eisenbahnliberalisierung*, Wien, Braumüller, 2004, 123 pp.
- DUVERNOY, Christian, y DESMEDT, Axel, «One year with the electronic communications regulatory framework: a report on the results of the article 7 notification procedure», *Computer and telecommunications law review*, vol. 11, issue 2, 2005, pp. 30-37.
- EMPEL, Martijn van, «Proprietà intellettuale e diritto Ce della concorrenza 2004: un anno movimentato», *Rivista di diritto industriale*, anno LIV, 3, pt. I, 2005, pp. 277-298.
- ERIKSSON, Robert, «EC maritime competition law reform: opportunities and options», *Competition law insight*, vol. 4, issue 3, 2005, pp. 3-7.
- EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES, «Loyalty programmes in civil aviation: an overview of the competition issues concerning frequent flyer programmes, corporate discount schemes and travel agent commissions», *European competition journal*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 375-400.
- FAVA, Pasquale, «La tutela contro i dialers negli orientamenti della giurisprudenza e delle autorità amministrative indipendenti», *Contratto e impresa*, anno XXI, núm. 1, 2005, pp. 265-337.
- FEIL, Markus, «The new block exemption regulation on technology transfer agreements in the light of U.S. antitrust regime on the licensing of intellectual property», *International review of industrial property and copyright law*, vol. 36, núm. 1, 2005, pp. 31-62.
- FINE, Frank L., «The EU's new antitrust rules for technology licensing: a turbulent harbour for licensors», *European law review*, vol. 29, núm. 6, 2004, pp. 766-787.
- FREY, Dieter, «Die Vergabe der medialen Rechte an der Fußball-Bundesliga: vom kartellrechtlichen Streitfall zum lizenzrechtlichen Problemfall», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, heft 8/9, 49. Jahrg, 2005, pp. 585-595.
- FRIGNANI, Aldo, y PIGNATA, Valeria, «Il nuovo Regolamento (CE) núm. 772/2004, del 27 aprile 2004, sugli accordi di trasferimento di tecnologia», *Diritto del commercio internazionale*, 18.3, 2004, pp. 653-683.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, «Droit commun de la régulation», *Les Petites affiches*, 394e année, núm. 66, 2005, pp. 4-5.
- GAMBUTO, Simone, «Dalla concorrenza all'oligopolio nel settore del gambling in Italia: il cortocircuito della regolazione», *Contratto e impresa. Europa*, anno X, núm. 1, 2005, pp. 334-363.
- GÉRADIN, Damien, «Access to content by new media platforms: a review of the competition law problems», *European law review*, vol. 30, núm. 1, 2005, pp. 68-94.

- GÉRADIN, Damien, y LAROUCHE, Pierre, «L'application décentralisée du droit de la concurrence dans les secteurs libéralisés: l'exemple des communications électroniques», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 165-190.
- GÉRADIN, Damien, y O'DONOGHUE, Robert, «The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector», *Journal of competition law and economics*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 355-425.
- GOTZEN, Frank M., «A new perspective for the management of copyright and competition law in the internal market», *Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts: Festschrift für Gerhard Schricker*, 2005, pp. 299-307.
- HANCHER, Leigh, y VLAM, Roland de, «Mergers in the electricity sector: relevant markets and related issues», *European energy law report*, I, 2004, pp. 29-71.
- HENSSLER, Martin, y KILIAN, Matthias, «Europäische Wettbewerbspolitik und die Freien Berufe: eine kritische Auseinandersetzung mit dem Deregulierungsansatz der Kommission», *Anwaltsblatt*, heft 1, 55. Jahrg, 2005, pp. 1-9.
- HERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Aranzadi, 2005, 241 pp.
- HERRMANN, Joachim, *Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze: eine Analyse der «Beschleunigungsrichtlinien» zur Vollendung des Energiebinnenmarktes*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 344 pp.
- HORSLEY, Nathanael A., «The arianespace monopoly», *EU competition law, and the structure of future European launch markets, air and space law*, vol. xxx, núm. 2, 2005, pp. 87-116.
- IBÁÑEZ COLOMO, Pablo, «Comercialización centralizada de derechos de televisión de competiciones de fútbol de clubes: algunos comentarios sobre la práctica reciente de la Comisión Europea», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 238, 2005, pp. 56-75.
- JURY, Christine, *Die Maßgeblichkeit von art. 49 EG für nationale rundfunkpolitische Ordnungsentscheidungen unter besonderer Berücksichtigung von art. 151 EG: eine Untersuchung am Beispiel öffentlicher-rechtlicher Spartenkanäle*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 475 pp.
- KIRSCH, Andreas, «Kann das Kartellrecht E-commerce kontrollieren?: eine rechtsvergleichende Analyse nach US- und EU-Kartellrecht», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 10, Jahrg 55, 2005, pp. 986-998.
- KÜHNE, Gunther, y BRODOWSKI, Christian, «Das neue EnergieWirtschaftsrecht nach der Reform 2005», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, heft 8, 24. Jahrg, 2005, pp. 849-866.
- LEISTNER, Matthias, «Intellectual property and competition law: the European development from Magill to IMS Health compared to recent German and US case law», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, heft 2, 3. Jahrg, 2005, pp. 138-162.
- LÉVÊQUE, François, «L'analyse du pouvoir de marché dans l'électricité», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 28-32.
- «Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis: lequel est le plus sévère?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 20-23.
- LIBERTINI, Mario, «Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche», *Giornale di diritto amministrativo*, anno xi, núm. 2, 2005, pp. 195-208.

- LUCAS DE LEYSSAC, Claude, «Approche juridique des effets de la propriété intellectuelle sur la concurrence», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 139, débats, 2004, pp. 2-9.
- MARIZ PÉREZ, Rosa María, y GARCÍA ÁLVAREZ, María Teresa, «Efectos de la liberalización en el pool eléctrico español: ¿eficiencia o comportamiento estratégico?», *Boletín de Estudios Económicos*, vol. 60, núm. 185, 2005, pp. 333-358.
- MAULÉON-WELLS, Isabelle, «Propriété intellectuelle et concurrence, une nouveauté: de l'approche forcée à la négociation», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 53-61.
- MAYER-ROBITAILLE, Laurence, «Le statut ambivalent au regard de la politique communautaire de concurrence des accords de nature culturelle et des aides d'État relatives à la culture», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2004, núm. 3, pp. 477-503.
- «L'application de la politique communautaire de concurrence aux accords et aux aides d'État relatifs à l'audiovisuel», *IRIS: observations juridiques de l'observatoire européen de l'audiovisuel*, 10, 2005, supplément IRIS plus, pp. 2-8.
- MAZO VENERO, María Jesús, y GUINDOS TALAVERA, Beatriz de, «El sector energético desde el punto de vista de la defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 271-290.
- MORGAN DE RIVERY, Éric, «L'impact des réformes récentes du droit communautaire de la concurrence sur le traitement des transferts de technologie», *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, 2005, pp. 55-94.
- MULDER, Peter, *The Economics of Technology Diffusion and Energy Efficiency*, Edward Elgar, 2005.
- NIHOUL, Paul, *Les télécommunications en Europe: concurrence ou organisation de marché?*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2004, 600 pp.
- NIHOUL, Paul, y RODFORD, Peter B., *EU electronic communications law: competition and regulation in the European telecommunications market*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 802 pp.
- NIZI, Giorgio, «Concorrenza e monopolio nei servizi a rete: breve analisi della riforma del settore energetico», *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, 2005, pp. 231-271.
- ODRIOZOLA ALÉN, 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. 234, 2004, pp. 67-72.
- PADRÓS REIG, Carlos, «Las industrias culturales ante el Derecho de la competencia (y viceversa)», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, 2005, pp. 189-228.
- PARKER, Jonathan, «Air France/KLM: an assessment of the Commission's approach to consolidation in the air transport sector», *European competition law review*, vol. 26, issue 3, 2005, pp. 128-134.
- PATRONI GRIFFI, Ugo, y PAPA MALATESTA, Alfonso, «L'interoperabilità del software: un essential facility?: implicazioni del "caso Microsoft"», *Studi in onore di Gerhard Schricker*, 2005, pp. 469-507.
- PEDILARCO, Emanuele, «Regolamento FIFA e diritto comunitario della concorrenza», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2005, pp. 871-875.
- PETRITSI, Eliza G., «The case of unilateral patent ambush under EC competition rules», *World competition*, vol. 28, núm. 1, 2005, pp. 25-42.

- PFLANZ, Matthias, «Oracle/PeopleSoft: the economics of the EC review», *European competition law review*, vol. 26, issue 3, 2005, pp. 123-127.
- POILLET PERUZZETTO, Sylvaine, «Les restrictions caractérisées du règlement 772/2004 (art. 4)», *Les accords de transfert de technologie*, 2005, pp. 69-91.
- PRIETO, Catherine, «L'application du droit de la concurrence aux contrats relatifs à la propriété intellectuelle», *Revue des contrats*, 2, 2005, pp. 311-318.
- PUTTEMANS, Andrée, «Le règlement d'exemption (núm. CE/772/2004) applicable aux licences de technologie (brevet, savoir-faire, droit d'auteur sur logiciel, dessin ou modèle)», *Aspects récents du droit de la concurrence*, 2005, pp. 75-100.
- REBOUL, Yves, «Le champ d'application du règlement», *Les accords de transfert de technologie*, 2005, pp. 27-45.
- REYSEN, Marc, y BAUER, Günter, «Health insurance and European competition law», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, heft 4, 2. jahrg, 2004, pp. 568-590.
- RICHER, Laurent; JEANNENEY, Pierre-Alain, y CHARBIT, Nicolas, «Actualités du droit de la concurrence et de la régulation», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 9, 2005, pp. 470-477.
- ITTER, Cyril, «The new technology transfer block exemption under EC competition law», *Legal issues of economic integration*, vol. 31, núm. 3, 2004, pp. 161-183.
- «Refusal to deal and “essential facilities”: does intellectual property require special deference compared to tangible property», *World competition*, vol. 28, núm. 3, 2005, pp. 281-298.
- ROCCA, Gianfranco, «L'application des règles antitrust aux règles sportives», *L'observateur de Bruxelles*, núm. 62, 2005, pp. II-III.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia, *La liberalización del transporte aéreo*, Marcial Pons, 2005, 249 pp.
- ROSSI, Giuseppe, «Cyber-antitrust: internet e tutela della concorrenza», *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, tomo II, 2004, pp. 1327-1366.
- RUTTLEY, Philippe, «Stormy skies ahead: the new EC Regulation against unfair pricing in the aviation sector», *International trade law & regulation*, vol. 11, issue 2, 2005, pp. 43-52.
- SALERNO, María Elena, «L'attuazione delle prima direttiva sul gas naturale (98/30/CE) e le modifiche introdotte dalla nuova direttiva (2003/55/CE)», *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, 2005, pp. 183-227.
- SALES PALLARÉS, Lorena, *Los acuerdos entre navieras desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia*, Albolote, Granada, Comares, 2004, 185 pp.
- SARACINO, Carla Maria, «Il caso IMS Health: proprietà intellettuale e diritto antitrust», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno xv, núm. 2, 2005, pp. 676-695.
- SCHENA, Cristiana, y Pezzotta, Andrea, «Commissione europea e politiche antitrust nel settore bancario», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno xv, núm. 3-4, 2005, pp. 1187-1197.
- SÉLINSKY, Véronique, «Stratégies de conquête du marché dans les secteurs à haute technologie et mesures correctives appropriées», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 21-25.
- SHELANSKI, Howard A., *Antitrust, patents, and copyright: EU and US perspectives*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, E. Elgar, 2005, 223 pp.

- SLOMINSKI, Peter, «Die Implementation des EG-Telekommunikationsrechts: Versuch einer interdisziplinären Typologie», *Europäisierung durch Recht*, 2005, pp. 13-29.
- STEIN, TORSTEN, «Ökonomie ohne Grenzen?: die "Ordnungspolitik" der Kommission im Spiegel der Vorgänge um die deutschen Sparkassen und Landesbanken», *Gedächtnisschrift für Joachim Burmeister*, 2005, pp. 391-412.
- TELESE, Giuseppe, «La liberalizzazione del mercato elettrico in alcuni paesi comunitari: aspetti generali e tendenze resenti», *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, 2005, pp. 121-181.
- TEMPLE LANG, John, «European competition law and compulsory licensing of intellectual property rights: a comprehensive principle», *Europarättslig tidskrif*, årg. 7, nr. 4, 2004, pp. 558-588.
- TRÖLLER, Elke, «Anwendbarkeit des deutschen, britischen und europäischen Kartellrechts bei elektronischen B2B-Marktplätzen», *Recht der internationalen Wirtschaft*, heft 1, 51. Jahrgang, 2005, pp. 8-19.
- URREA CORRES, Mariola, «Hacia la consecución del cielo único europeo. Comentario a los Reglamentos 549, 550, 551 y 552/2004, de 10 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, 2005.
- VIGORITI, Vincenzo, «Vorrei e non vorrei: professione legale e concorrenza», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, anno XX, núm. 5, pt. II, 2004, pp. 585-591.
- VLAICU, Maria Magdalena, «L'émergence des acteurs privés en droit communautaire de l'environnement: l'influence du droit communautaire de la concurrence», *Les Petites affiches*, 394^e année, núm. 54, 2005, pp. 18-20.
- WOLAK, Frank A., *Managing unilateral market power in electricity*, Washington, DC, World Bank, 2005, Policy research working paper 3691.

H. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

- AMMANNATI, Laura, *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, 384 pp.
- «Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gas», *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, 2005, pp. 311-341.
- «Le riforme dei servizi pubblici locali: sarà vera liberalizzazione?», *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, 2005, pp. 13-45.
- ATRIPALDI, Virginia, «Sulla impugnabilità delle decisioni della Commissione in tema di vigilanza ex art. 86, c. 3, del Trattato», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2005, pp. 851-854.
- «Finanziamento pubblico alle imprese che svolgono servizi pubblici e regime comunitario degli aiuti di Stato», *Il Consiglio di Stato*, anno LVI, núm. 1, pt. II, 2005, pp. 265-271.
- BARBIER DE LA SERRE, Éric, «Les actions contentieuses des particuliers et l'article 86, par. 3, CE: ubi nullum jus, ibi nullum remedium», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 77-81.
- BARTHÉLEMY, Christophe, «Un rééquilibrage de la politique de concurrence en faveur des services publics», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 17-19.

- «Coûts incrémentaux et subventions croisées: une méthode d'analyse qui participe du rééquilibrage entre la libre concurrence et le service public: à partir de deux décisions récentes de la Commission européenne (affaire "Deutsche Post") et du Conseil de la concurrence (affaire "Régie des passages d'eau de la Vendée")», *Revue juridique de l'entreprise publique: cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 56e année, núm. 621, 2005, pp. 225-241.
- BAZEX, Michel, «L'action économique des personnes publiques: « les nouvelles frontières» du droit communautaire», *Petites affiches*, 394e année, núm. 224, 2005, pp. 12-14.
- BECKER, Jean-Jacques, «Concurrence et services publics», *Les services publics à l'heure de la concurrence*, 2004, pp. 5-17.
- BOISSARD, Béatrice, «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes: (commentaire des affaires Altmark Trans, Gemo B.228.990 et Enirisorse)», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 4, 2004, pp. 1173-1192.
- BRAULT, Dominique, «Service public et position dominante: peut-il y avoir abus?», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 239, 2004, pp. 36-39.
- CAMMELLI, Marco, «Ordinamento giuridico dei servizi pubblici locali», *I servizi pubblici in ambiente europeo*, 2004, pp. 95-102.
- CAROSELLI, Adriana, «L'affidamento del servizio pubblico alla società mista: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno XI, núm. 8, 2005, pp. 854-858.
- CARUOCCILO, Angelita, «L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale 27 luglio 2004 núm. 272», *I tribunali amministrativi regionali*, anno XXX, núm. 10, pt. II, 2004, pp. 517-540.
- CASSESE, Sabino, *I servizi pubblici in ambiente europeo, I servizi pubblici in ambiente europeo*, 2004, pp. 7-8.
- CHALTIEL, Florence, «Le service d'intérêt économique général: développements récents», *Les Petites affiches*, 394e année, núm. 132, 2005, pp. 47-52.
- CIVITARESE MATTEUCCI, Stefano, «El servicio público local en la disciplina del mercado interno de gas natural», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, pp. 395-417.
- COIN, Rémy, y BLOCK, Guy, «L'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz: une nouvelle étape: la loi no 2004-803 du 9 août 2004», *La semaine juridique. Édition générale*, núm. 37, I 158, 2004, pp. 1517-1522.
- COURIVAUD, Henri, «La concession de service public "à la française" confrontée au droit européen», *Revue internationale de droit économique*, 4, 2004, pp. 395-434.
- DE ROSE, Claudio, «L'affidamento della gestione e dell'erogazione di servizi pubblici a società di capitali, tra equilibri comunitari ed equilibri costituzionali», *Il Consiglio di Stato*, anno LVI, núm. 7-8, pt. II, 2005, pp. 1407-1417.
- DI PALMA, Pier Luigi, «L'attuazione della Direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti delle Comunità (Corte di giustizia delle Comunità europee, 9 dicembre 2004, nella causa C-460/02)», *Rassegna Avvocatura dello Stato*, anno LVI, núm. 4, 2004, pp. 1136-1139.
- DIVERIO, Davide, «Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XV, núm. 2, 2005, pp. 610-645.

- DOMINGO GUTIÉRREZ, Sara Elsa, «La liberalización del sector postal: servicio universal y libre competencia», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005, pp. 191-248.
- DONY, Marianne, «Les compensations d'obligations de service public», *Aides d'État*, 2005, pp. 109-152.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio, «Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, 2004, pp. 51-95.
- FONDERICO, Giuliano, «Il servizio universale, l'elenco abbonati e gli obblighi di cooperazione tra i concorrenti: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno XI, núm. 8, 2005, pp. 832-837.
- FOURNIER, Jacques, «Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne», *Revue juridique de l'entreprise publique: cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, núm. 619, 2005, pp. 135-143.
- FRENZ, Walter, «Liberalisierung und Privatisierung der Wasser Wirtschaft», *Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 2005, pp. 1-98.
- GÄRTNER, Anette, «Grenzen der kommunalen Daseinsvorsorge in der europäischen Wettbewerbsordnung», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, heft 2, 8 jahrg, 2005, pp. 239-252.
- GRARD, Loïc, «L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, núm. 19, supplément, 2004, pp. 11-13.
- GRECO, Guido, «Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno xv, núm. 1, 2005, pp. 61-78.
- HASSE, Rolf H., *Wettbewerb und die Rolle der öffentlichen Unternehmen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 192 pp.
- HELD, Katja, *Quersubventionierung auf dem Postdienstleistungsmarkt: zum Problem der gemeinschaftsrechtlichen Bewertung der Quersubventionen aus fortbestehenden (Teil-) Monopolen am Beispiel der Deutschen Post AG*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 196 pp.
- HÉRITIER, Adrienne, «Les politiques de service public dans la régulation européenne», *L'intégration européenne*, 2004, pp. 217-254.
- ISONI, Alessandro, «La delegazione interorganica nella gestione dei servizi pubblici locali: tutela della concorrenza o prevalenza delle esigenze del servizio?», *Il foro amministrativo*, TAR, vol. III, 10, 2004, pp. 3124-3139.
- JENNY, Frédéric, «Des services publics dans le marché et hors marché: service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 239, 2004, pp. 6-10.
- JOUYET, Jean Pierre, «Articulation ou désarticulation des régulations nationales et internationales?», *Les risques de régulation*, 2005, pp. 115-131.
- KARNOP, Stefan, «Gestaltungsrahmen für den öffentlichen Personennahverkehr nach der Altmark-Entscheidung des EuGH», *Die Verwaltung*, heft 1, 38 bd., 2005, pp. 111-139.
- KOVAR, Robert, «Les entreprises publiques dans l'Union européenne entre privatisation et banalisation», *30 years of European legal studies at the College of Europe = 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, 2005, pp. 299-311.
- LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, *Les services publics à l'heure de la concurrence*, Paris, La documentation française, *Regards sur l'actualité*, núm. 306, 2004, 104 pp.

- LEHR, Marc, «Europäisches Wettbewerbsrecht und kommunale Daseinsvorsorge», *Die öffentliche Verwaltung*, heft 13, 58. Jahrg, 2005, pp. 542-551.
- LEITÃO, Augusto Rogério, «Les entreprises publiques de la CEE doivent-elles être soumises à une surveillance particulière?», *Comunidade Europeia: estudos de direito e de sociologia política*, 2005, pp. 95-136.
- MAGLIANO, Rosanna, «Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione CE», *Diritto del commercio internazionale*, 18.3, 2004, pp. 790-805.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo, «Ayudas de Estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post Altmark», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 237, 2005, pp. 35-44.
- MARAIS, Bertrand du; GOSSET-GRAINVILLE, Antoine, y RODRIGUES, Stéphane, «Secteur public et concurrence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 97-102.
- MARESCA, Mauricio, «L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights», *Il diritto dell'Unione europea*, anno X, 3, 2005, pp. 441-472.
- MARLOT, Grégoire, «La déréglementation du transport ferroviaire européen», *Les services publics à l'heure de la concurrence*, 2004, pp. 59-71.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea: los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Navarra, Aranzadi, 2004, 322 pp.
- MONTERO PASCUAL, Juan José, *La liberación de los servicios postales*, Trotta, 2005, 266 pp.
- MORGAN DE RIVERY, Éric, «Le Berre-Dodet, Nelly; Thibault-Liger, Sabine, Une application sectorielle: l'exemple de la Poste», *Aides d'État*, 2005, pp. 153-169.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «Services publics et usagers des services dans l'Union européenne», *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, 2004, pp. 463-486.
- PADRÓS REIG, Carlos, y ROCA SAGARRA, Joan, «El control de las condiciones de acceso en el proceso de liberalización del sector postal», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 239, 2005, pp. 30-46.
- PASSERIEUX, Régis, y THOUVENIN, Jean-Marc, «Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession: synthèse du débat engagé par la livre vert sur les partenariats public/privé», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 487, 2005, pp. 232-241.
- PETIT LAVALL, María Victoria, «La liberalización del transporte aéreo en la comunidad europea: los servicios de asistencia en tierra (handling)», *Revista General de Derecho*, núm. 1, 2005.
- RANGONE, Nicoletta, «I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno XI, núm. 4, 2005, pp. 433-439.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, «Servicio público y Derecho comunitario europeo», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, 2005, pp. 375-398.
- SANDMANN, Tina, *Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, 236 pp.
- STADLER, Arthur, «Selbsthilfe à l'italienne?: eine Variante der Golden-Shares-Saga: (Kommission vs. Italienische Republik, EUGH vom 2. juni 2005, C-174/04)», *European law reporter*, núms. 7-8, pp. 284-288.

- SUBIOTTO, Romano, y GENEVAZ, Simon, «Obligations de service public et refus de vente des laboratoires pharmaceutiques», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 5, 2005, pp. 120-125.
- TARZIA, Antonello, «Il principio europeo di continuità dei contratti come (primo) argine alle politiche di prezzo in contesti di structural regulation», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2005, pp. 387-395.
- TAYAR, David, y GIRAUD, Adrien, «L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice: le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE? (réflexions à propos de l'arrêt Pearle)», *Petites affiches*, 394e année, núm. 240, 2005, pp. 4-11.
- THOUVENIN, Vincent, «Coûts incrémentaux: retour sur les avantages concurrentiels du secteur public: éléments de définition des coûts incrémentaux», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 10-11.
- TRAN THIET, Jean-Paul, «La mise en concurrence en cas de délégation de service public», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 239, 2004, pp. 32-35.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord.), *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e Intervenciones Públicas*, Lex Nova, 2005, 724 pp.
- VRIES, Sybe de, «Public service, diversity and freedom of expression and competition law», *ERA-Forum*, núm. 1, 2005, pp. 46-57.
- ZARCA, Jean-Claude, «La place des services d'intérêt économique général dans les traités communautaires: du traité de Rome au traité établissant une Constitution», *Recueil Le Dalloz. Le cahier (rouge)*, 181e année, núm. 17, 2005, pp. 1122-1124.
- ZILLER, Jacques, «La régulation comme prévention des crises», *Les risques de régulation*, 2005, pp. 51-58.

3. OTROS SISTEMAS

- AMERICAN BAR ASSOCIATION (Section of Antitrust Law), *Model jury instructions in civil antitrust cases*, Chicago, Ill, ABA Section of Antitrust Law, 2005.
- *Econometrics: legal, practical, and technical issues*, Chicago, Ill, ABA Section of Antitrust Law, 2005, 498 pp.
- ABLASSER-NEUHUBER, Astrid, y FLENER, Lukas, «Reform des österreichischen Kartellrechts: Begutachtungsentwurf der Kartellgesetznovelle 2005», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 3, jargh, 55, 2005, pp. 254-265.
- AM ENDE, Moritz, «Hot prices in cold skies: a case of predatory pricing in Iceland?: (Icelandair ehf. and Iceland Express ehf. vs. Competition Council, Ruling of the Competition Appeals Committee of 29 september 2003, case núm. 17-18/ 2003)», *European law reporter*, núm. 6, 2005, pp. 254-257.
- ANTONIOLI, Marco, «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e i terzi: appunti in tema di legittimazione a ricorrere», *Il foro amministrativo*, CDS, vol. IV, 3, 2005, pp. 891-903.
- ARNAUDO, Luca, «Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno xv, núm. 2, 2005, pp. 377-394.
- BECHTOLD, Rainer, y BUNTSHECK, Martin, «Die GWB-Novelle und die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 2003 bis 2005», *Neue juristische Wochenschrift*, heft 41, 58 jargh, 2005, pp. 2966-2973.
- BLACK, Oliver, *Conceptual foundations of antitrust*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2005, 222 pp.

- BRUNET, Cécile, «Le statut du plaignant après la réforme du droit communautaire de la concurrence: étude à partir des exemples français et communautaire», *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence*, 2004, pp. 117-145.
- CHEYNEL, Benjamin, «Retour sur 15 ans de jurisprudence française en matière d'aides d'État», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 3, 2005, pp. 42-53.
- CHEYNEL, Benjamin, y NOURISSAT, Cyril, «Adaptation du droit français au droit communautaire: commentaire de l'ordonnance núm. 2004-237 du 4 novembre 2004», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 63-68.
- CLARKE, Philip H., *Competition law and policy: cases and materials*, South Melbourne, Oxford University Press, 2005, 746 pp.
- CLAUDEL, Emmanuelle, «L'actualité du droit français des pratiques anticoncurrentielles», *Les Petites affiches*, 393e année, núm. 246, 2004, pp. 13-31.
- COLANGELO, Giuseppe, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, 166 pp.
- CŠÉPAI, Balázs; LÁNCIDI, Péter, y KRÁMER, Dániel, «Einige aktuelle Probleme des ungarischen Wettbewerbsrechts», *Wirtschaft und Wettbewerb*, heft 7 u. 8, jahrg 55, 2005, pp. 759-770.
- CUMMING, George, «Procedural consequences of the Crehan judgement in enforcement law by the English courts», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 5, 2005, pp. 106-112.
- CUNHA, Carolina, *Controlo das concentrações de empresas (direito comunitário e direito português)*, Coimbra, Almedina, 2005, 262 pp.
- DABBAH, Maher M., *EC and UK competition law: commentary, cases and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 725 pp.
- DE PASQUALE, Patricia, «La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale», *Il diritto dell'Unione europea*, anno x, 1, 2005, pp. 99-110.
- DECOQ, André, «L'ordonnance no 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence», *Revue de jurisprudence commerciale*, núm. 6, 2004, pp. 499-505.
- DI PASCALE, Alessia, «Il ruolo delle autorità nazionali in materia di concorrenza e prospettive di decentramento a livello federale regionale», *Federalismo e regionalismo*, 2005, pp. 45-66.
- DIDIER, Édouard, «Les droits des programmes français et européen de clémence», *Gazette du Palais*, 125e année, núm. 287 à 288, 2005, pp. 21-30.
- EVANS, David S., *US v. Microsoft: did consumers win?*, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research, 2005, NBER working paper series; working paper 11727 (<http://papers.nber.org/papers/w11727>).
- GEISER, Thomas; KRAUSKOPF, Patrick, y MÜNCH, Peter, *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2005, 625 pp.
- GUIDOTTI, Rolandino, y SOLDATI, Nicola, *Contratti d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione; con il commento alla l. 6 maggio 2004*, núm. 129 sul franchising, Milano, Giuffrè, 2004, 492 pp.
- HAFNER, Alex, «United States Postal Service v. Flamingo Industries (USA) Ltd: does the USA have the answer to the "undertaking problem" in Europe?», *European competition law review*, vol. 26, issue 7, 2005, pp. 397-402.

- HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust*, 4.^a ed., St. Paul, MN, Thomson/West, 2005, 416 p.
- *The antitrust enterprise: principle and execution*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 2005, 368 pp.
- *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 3.^a ed., St. Paul, MN, Thomson/West, 2005, 841 pp.
- HULL, Gary (ed.), *The abolition of antitrust*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 2005, 176 pp.
- IDOT, Laurence, «Adaptation du droit français au nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE», *Revue des contrats*, 2, 2005, pp. 305-311.
- ISRAEL, Jean-Jacques, «Le droit communautaire veut-il la mort des SEML?», *Études offertes à Jacques Dupichot*, 2004, pp. 253-277.
- JANSEN, Oswald, «Competition law sanctioning in the Netherlands. Part I», *Revue européenne de droit public = European review of public law*, vol. 16, núm. 3, 2004, pp. 655-713.
- KILESTE, Patrick; PONCELET, Albert, y LYCKE, Bernard, «Pourquoi la loi de 1961 reste applicable à la distribution automobile?», *Journal des tribunaux*, 124e année, núm. 6186, 2005, pp. 439-441.
- KIP VISCUSI, W.; HARRINGTON, Jr., Joseph E., y VERNON, John M., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4.^a ed., Mit Press, 2005, 927 pp.
- KÖRTEK, Yasemin, *Das türkische Kartellrecht: ein Hindernis auf dem Weg in die Europäische Union?: eine rechtsvergleichende Analyse*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 252 pp.
- LEGAL, Hubert, «Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 1-2.
- LEWANDOWSKI, Robert, «Polnisches Gesetz zur Einführung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessengemeinschaft und der Europäischen Gesellschaft», *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, heft 11, 14 jahrg, 2005, pp. 335-338.
- LÉVÊQUE, François, «La musique en ligne verrouillée par un effet de levier?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2005, pp. 15-19.
- MALAURIE-VIGNAL, Marie, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 3.^a ed., Paris, Dalloz-A. Colin, 2005, 271 pp.
- MARTIN, Stanislas, «Un bilan du contrôle interne des concentrations: 2002-2004», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2004, pp. 40-48.
- MCNUTT, Paddy, *Law, economics, and antitrust: towards a new perspective*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar, 2005.
- MEFFRE, Jean-Marie, y GUET, Claudie, «Modernisation du droit communautaire de la concurrence: le contrôle a posteriori de la licéité des accords par le juge national: questions de procédure», *Recueil Le Dalloz, Le cahier (rouge)*, 181e année, no 5, 2005, pp. 361-369.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea: los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Navarra, Aranzadi, 2004, 322 pp.
- MIDDLETON, Kirsty (ed.), *UK & EC competition documents*, 4.^a ed, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, 721 pp.
- MOK, M. R., *Kartellrecht. I, Nederland: de Mededingingswet*, Deventer, Kluwer, 2004, 637 pp.

- MOLINA SANDOVAL, Carlos, «Convivencia entre el Derecho concursal y la libre competencia. El caso argentino», *Derecho de los negocios*, año 16, núm. 177, 2005, pp. 7-31.
- MÖLLER, Gustaf, «On competition matters and Finnish arbitration law», *Grenzüberschreitungen: Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit: Festschrift für Peter Schlosser*, 2005, pp. 599-611.
- MORGAN, Thomas D., *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*, 3.^a ed., St. Paul, MN, Thomson/West, 2005, 904 pp.
- MOSS, Diana L. (ed.), *Network access, regulation and antitrust*, London-New York, Routledge, 2005.
- MOUY, Nadine, «Les spécificités des approches communautaire et française», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2005, pp. 12-14.
- MÜLLER, Markus, «The European Commission's decision against Microsoft: a violation of the antitrust agreements between the United States and the European Union?», *European competition law review*, vol. 26, issue 6, 2005, pp. 309-315.
- NEHME, Nicole, y FERRADA, Rodrigo, «Sistema chileno de defensa de la libre competencia: ¿necesidad de requerir autorización previa para la aprobación de operaciones de concentración?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 240, 2005, pp. 49-57.
- NICINSKI, Sophie, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, 230 pp.
- NIHOUL, Paul, y VERDURE, Christophe, *Droit de la concurrence. Aspects belge et européen*, Larcier, 2005, 399 pp.
- OPPENHEIMER, Margaret, y MERCURO, Nicholas (eds.), *Law and economics: alternative economic approaches to legal and regulatory issues*, Armonk, New York, M. E. Sharpe, 2005, 448 pp.
- PALLEK, Markus, «L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence», *Cahiers de droit européen*, núms. 1-2, 2004, pp. 95-155.
- PERROTTA, Andrea, «Il diritto antitrust nei nuovi paesi comunitari», *Quaderni di studi europei*, vol. 1, 2004, pp. 27-82.
- PINDYCK, Robert S., *Sunk costs and real options in antitrust*, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research, 2005, NBER working paper series, working paper 11430 (<http://papers.nber.org/papers/W11430>).
- PONET, Béatrice, «L'impact du règlement de modernisation sur le Conseil belge de la concurrence: quelques considérations», *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, 2004, pp. 139-168.
- ROBINSON, James, y PIMLOTT, Nick, «Les actions menées au Royaume-Uni en réparation du préjudice né de la violation des droits communautaire et anglais de la concurrence = Damages actions in the UK for breaches of UK and EU competition law», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 4, 2005, pp. 179-185.
- ROITMAN, Ezequiel, «Las trabas judiciales a las fusiones y adquisiciones en la República Argentina», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 238, 2005, pp. 66-75.
- ROSSI DAL POZZO, Francesco, «Decentramento decisionale in materia di concorrenza: Italia e Svizzera a confronto», *Federalismo e regionalismo*, 2005, pp. 67-92.
- SCOTT, Andrew (David), *Merger control in the United Kingdom*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, 598 pp.
- SEGAL, Ilya, *Antitrust in innovative industries*, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research, 2005, NBER working paper series, working paper 11525 (<http://papers.nber.org/papers/W11525>).

- SHELANSKI, Howard A., *Antitrust, patents, and copyright: EU and US perspectives*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, E. Elgar, 2005, 223 pp.
- SQUILLANTE, Francesca, «La procedura nell'ordinamento italiano», *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, 2004, pp. 505-542.
- SZAFRAN, David, «Incidences en droit belge du règlement 1/2003 sur le régime des pratiques restrictives de concurrence et du règlement 139/2004 sur le régime des concentrations», *Aspects récents du droit de la concurrence*, 2005, pp. 101-125.
- TERHECHTE, Jörg Philipp, «Das internationale Kartellrecht zwischen Extraterritorialität und Konvergenz», *Internationales Wirtschaftsrecht im Schatten des 11. September 2001*, 2004, pp. 87-113.
- Commentario breve al diritto della concorrenza. Appendice di aggiornamento dedicata specialmente al codice della proprietà industriale*

1. UNIÓN EUROPEA

SÉPTIMA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

Alemania: Bundeskanzleramt

DE: <http://www.bundeskanzleramt.de>

Alemania: Bundesrat

DE: <http://www.bundesrat.de>

Alemania: Ministerio del Interior

DE: <http://www.bmi.bund.de>

Alemania: Ministerio de Justicia

DE: <http://www.justiz.bund.de>

Alemania: Ministerio de Economía

DE: <http://www.bmw.bund.de>

Alemania: Ministerio de Trabajo

DE: <http://www.bmas.bund.de>

Alemania: Tribunal de Defensa de la Competencia

DE: <http://www.kartell.bund.de>

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/BWB/default.htm>

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://www.dgdc.meh.es/>

España: Tribunal de Defensa de la Competencia

<http://www.tdcompetencia.es/>

España: Tribunal Català de Defensa de la Competència

<http://www.gencat.net/economia/tcdc/web/m0/main/index.html>

España: Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia
<http://www.tgdcompetencia.org/>

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/DGCCRF/>

Grecia: Hellenic Competition Commission
<http://www.epant.gr/>

Holanda: Nederlandse Mededingingsautoriteit
<http://www.nmanet.nl/engels/home/Index.asp>

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/?l=2>

Lituania: Competition Council
<http://www.konkuren.lt/english/index.htm>

Luxemburgo: Conseil de la Concurrence
<http://www.eco.public.lu/attributions/iconc/index.html>

Malta: Consumer and Competition Division, Ministry of Competitiveness & Communications of Malta
<http://www.mcmp.gov.mt/consumer.asp>

Polonia: Office for Competition and Consumer Protection
<http://www.uokik.gov.pl/en/>

Portugal: Autoridade da Concorrência
www.autoridadedaconcorrencia.pt

Reino Unido: Competition Commission
<http://www.competition-commission.org.uk/>

Reino Unido: Office of Fair Trading
<http://www.oft.gov.uk/>

República Checa: Office for the Protection of Competition
<http://www.compet.cz/EngVer.htm>

Suecia: Konkurrensverket
http://www.kkv.se/eng/eng_index.shtml

2. EUROPA NO COMUNITARIA

Bulgaria: Commission on Protection of Competition
<http://www.cpc.bg/>

Croatia: Agency for Protection of Market Competition
<http://www.crocompet.hr/>

Islandia: Competition Authority
<http://www.samkeppni.is/>

Israel: Antitrust Authority
<http://www.antitrust.gov.il/>

Macedonia: Monopoly Authority
<http://www.mon.upr.gov.mk/>

Noruega: Competition Authority
<http://www.konkurransetilsynet.no/>

Rumania: Competition Council
<http://www.competition.ro/>

Rusia: Russian Ministry for Antimonopoly Policy and Support to Entrepreneurship
<http://hosting.rbc.ru/ru/>

Suiza: Commission de la Concurrence
<http://www.weko.admin.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>

Flipinas: Department of Trade and Industry
<http://www.dti.gov.ph/>

Indonesia: Commission for the Supervision of Business Competition
<http://www.kppu.or.id/>

Japón: Fair Trade Commission

<http://www.jftc.go.jp/e-page/>

New Zealand: Regulatory and Competition Policy Branch

<http://www.med.govt.nz/about/rcpb.html>

New Zealand: 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/>

EFTA-ALCA: Area 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://ec.europa.eu/comm/competition/index_es.html

UE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<http://curia.europa.eu/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.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/>

European University Institute

<http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/>

Global Competition Law Centre (College of Europe)
<http://www.coleurop.be/template.asp?pagename=gclc>

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.)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2004

Lluís Cases (dir.)

EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

Santiago Martínez Lage

Amadeo Petitbò Juan

EFICACIA FORMAL Y PROBATORIA DE LA

FIRMA ELECTRÓNICA

Diego Cruz Rivero

LAS ENTIDADES DE CRÉDITO Y SUS OPERACIONES. OPERACIONES BANCARIAS NEUTRAS

Tratado de Derecho Mercantil Tomo 39, vol. 4

José Luis García-Pita y Lastres

José Luis García-Pita y Lastres

RÉGIMEN JURÍDICO Y TRIBUTARIO DEL CAPITAL

RIESGO EN ESPAÑA

Entidades y operaciones

Miguel Trías Sagnier (coord.)

LOS REGISTROS MERCANTIL Y DE BIENES

MUEBLES. EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Tratado de Derecho Mercantil Tomo 5, vol. 2

Pablo Martínez-Gijón Machuca

REGULACIÓN, DESREGULACIÓN,

LIBERALIZACIÓN Y COMPETENCIA

Javier Martínez Arévalo (coord.)

fundación



ISBN: 84-9768-363-3



9 788497 683630